Dr. Theodor Hagemann's

weil. Königl. Großbritannisch=Hannoverschen Director's und Chefs der Justiz=Canzlei zu Celle, Ritters des Königl. Guelphen=Ordens u. s. w.

practische Erörterungen

aus allen Theilen

der Rechtsgelehrsamkeit,

hin und wieder

mit Urtheils=Sprüchen des Zelleschen Tribunals

und

der übrigen Justizhöfe bestärkt.

Fortgesetzt

von

Ernst Spangenberg

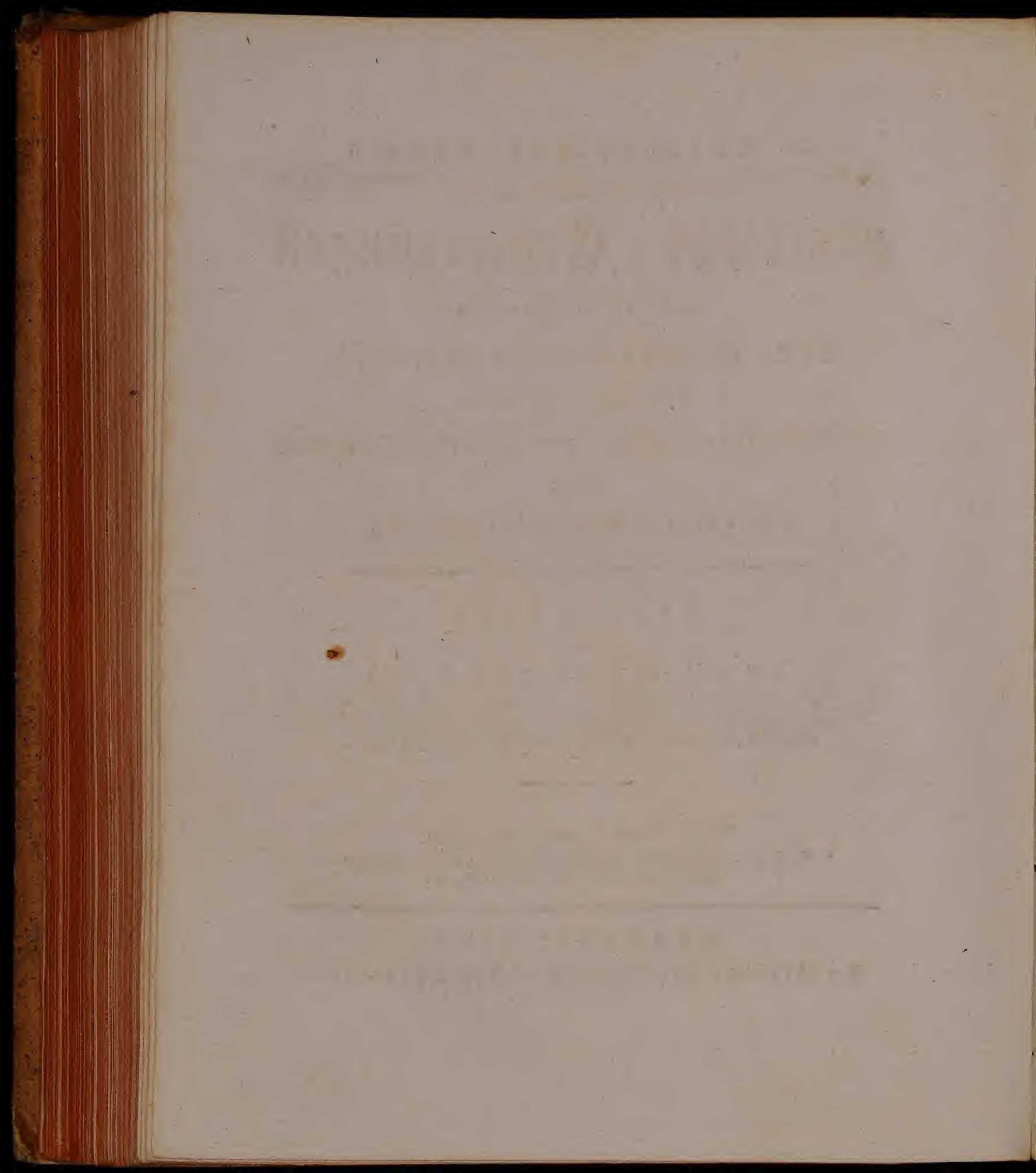
Dr. d. R. Königl. Großbritannisch=Hannoverschem Oberappellationsrathe, der Frankfurter Gesellschaft für Deutschlands ältere Geschichtskunde, und des Münster=Paderbornschen Vereins für Geschichte und Alterthumskunde Westphalens, correspondirendem und Ehrenmitgliede, der Gesellschaft pro excolendo iure patrio, zu Gröningen, auswärtigem Mitgliede.

Achten Bandes zweite Abtheilung.

Nebst einer systematischen Uebersicht sämmtlicher in den bisherigen acht Bänden enthaltenen Erörterungen.

Hannover 1829.

Im Verlage der Hahnschen Hofbuchhandlung.



Vorwort.

Bald nach meinem Eintritte in das königliche Oberappellationsgericht und schon vor mehreren Jahren, äußerte der verewigte Herr Canzleidirector Hagemann den Wunsch gegen mich, daß ich die von ihm beabsichtigte Fortsetzung der practischen Erörterungen, auf eben die Art gemeinschaftlich mit ihm besorgen möchte, wie solches in Betreff der ersten vier Bände derselben, von dem damaligen Oberappellationsrathe von Bülow geschehen war, und glaubte ich diesem Wunsche um so eher Folge leisten zu müssen, als derselbe in jeder Hinsicht ehrenvoll, zugleich aber als Beweis eines innigen Vertrauens, mit welchem mich der Verewigte dadurch beehrt hatte, nicht anders als sehr schmeichelhaft für mich seyn mußte. Leider hat dieser Wunsch von meiner Seite nicht erfüllt werden können, da der Verewigte während der Ausarbeitung des achten Bandes jener Erörterungen, und ehe er mit mir über die meiner Seits zu liefernden, zum Theile schon ausgearbeiteten Beiträge conferiren konnte, von dem Tode überrascht worden ist.

Da es also nicht möglich war, jenen Band unter gemeinschaftlichem Namen erscheinen zu lassen, so habe ich

meine für denselben bestimmten Beiträge von den seinigen trennen zu müssen geglaubt, die letztern mithin, so wie sie von ihm niedergeschrieben waren, und ohne irgend einen Zusatz zu machen als erste Abtheilung desselben dem Druck übergeben, dagegen aber die erstern in die zweite Abtheilung aufgenommen.

Was nun diese letztere, von mir allein ausgearbeitete Abtheilung betrifft, so darf ich in Bezug auf dieselbe zwei Bemerkungen nicht unterdrücken.

Die erstere, daß ich bei der Ausarbeitung einiger in derselben gelieferten Erörterungen, auch die in den gerichtlichen Vorträgen und Abstimmungen enthaltenen Ideen und Ausführungen benutzt habe, weil es meiner Ansicht nach, unverantwortlich gewesen seyn würde, wenn ich, als einer, der das Glück hat, mit so ausgezeichneten Männern zu arbeiten, als deren das hiesige Oberappellationsgericht sich rühmen kann, es hätte versäumen wollen, von den Einsichten und Forschungen derselben Gebrauch zu machen, während ihr uneigennütziger Eifer für die Wissenschaft mir einen solchen Gebrauch mit der größten Bereitwilligkeit gestattete.

Die andere, daß ich, die Manen des Verewigten zu beleidigen nicht befürchtet habe, wenn ich mich in einigen dieser Erörterungen über Gegenstände verbreiten zu müssen geglaubt habe, in deren Hinsicht das königliche Oberappelltionsgericht von seiner frühern, damals auch von dem Verewigten vertheidigten Ansicht, zurückgegangen ist, und später eine derselben entgegengesetzte angenommen hat, weil derselbe in den früherhin von ihm gelieferten Bänden

in Bezug auf dergleichen veränderte Ansichten, einigemal, theils selbst mein Vorgänger gewesen war, theils es aber auch so ganz in seinem edlen Character lag, früher vertheidigte Meinungen auf das bereitwilligste aufzugeben, wenn er sich durch die Stärke der Gegenargumente überzeugt hielt, und ich es gerade bei jenen streitigen Rechtsfragen gewiß voraussetzen durfte, wie, falls es ihm noch möglich gewesen wäre, die veränderte Ansicht des Oberappellationsgerichts wiederholt zu prüfen, er gewiß jenen Gegenargumenten seine Zustimmung nicht versagt haben würde.

Uebrigens, und da ich mich nicht schmeicheln kann, in Hinsicht dieses von dem Verewigten so ruhmvoll begonnenen und fortgeführten Werks, denselben je zu ersetzen, wird es von der Aufnahme meiner eigenen Arbeit abhängen, ob ich es wagen darf, seinem oben berührten Wunsche gemäß, die Fortsetzung der practischen Erörterungen auch für die Zukunft zu übernehmen.*)

Celle, den 8. März 1828.

E. Spangenberg.

*) Einige der hier gelieferten Erörterungen sind zwar früher in andern Zeitschriften mitgetheilt, erscheinen aber hier umgearbeitet, ergänzt und oft auf das Doppelte vermehrt.

Inhalt der Erörterungen.

I. Erörterung.

Ueber das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen, insbesondere über die Frage: ob demjenigen, welchem der zu den Gütern des Gemeinschuldners gehörige Vermögenstheil früher rechtmäßig verpfändet war, bevor er von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben worden ist, ein solches Separationsrecht zustehe?

---

§. 1.

Bekanntermaßen sind die Separationen von sehr wichtigem Einfluß auf den Concurs. Man unterscheidet zwei Gattungen derselben, die Separationen ex jure dominii, und die Separationen ex jure crediti.

Die zu der Separation der ersten Art Berechtigten verfolgen ein wahres Eigenthum an den Gütern des Gemeinschuldners, wogegen die zu der Separation der letzten Art befugten, kein Eigenthum, sondern nur die Absonderung einzelner Vermögenstheile des Schuldners und eine abgesonderte Befriedigung aus denselben verlangen.

Deßhalb werden die ersten, Vindicanten (der allein zweckmäßige Ausdruck) oder Separatisten ex jure dominii (ein unpassender Ausdruck, der sehr häufig zu Mißverständnissen und Verwechselungen geführt hat), die letzten Separatisten ex jure crediti genannt.[1])

1) Schweppe System des Concurses (Ausg. II.) §. 147 hat sich vor-

Ueber den Umfang und die Ausdehnung der Separationsberechtigung ex jure crediti, denn nur von dieser soll hier die Rede seyn, sind die Rechtslehrer nicht einig, indem einige [2]) derselben jene Separationsberechtigung bloß auf die in dem römischen Rechte namentlich ausgehobenen Fälle beschränken; andere dagegen [3]), sie auch denjenigen Gläubigern einräumen, denen jener einzelne Vermögenstheil bereits früher rechtskräftig verpfändet war, bevor er von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben wurde.

Die Bestärkung der erstern und die Bestreitung der letztern Ansicht soll durch die folgende Erörterung versucht werden.

§. 2.

Das römische Recht kennt nur folgende Fälle der Separation ex jure crediti.

zugsweise das Verdienst erworben, den Begriff jener Separationen, schärfer, wie vorher, aufgefaßt und dargestellt zu haben.

2) Thibaut Pandectenr. §. 655. Desselben civilistische Abhandlungen. 1814. nro. 13. Nieper in v. Duve Zeitschrift für Gesetzgebung u. s. w. im Königr Hannover. Bd. I. H. 2. S. 59. fgg. Hoch neues Magazin für den Concurs. Heft. II. nro. 2.

3) Pufendorf Observ. iur. T. 1. obs. 212. deſſ. Animadvers nro. 103. Alb. Phil. Frick de debitoris mortui creditoribus ad separationis beneficium admittendis. Helmstad. 1783. 4. Gmelin Rangordnung der Gläubiger Cap. II. §. 37. S. 84. Hagemann pract. Erört. Th. VI. nro. 39. v. Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts. nro. 4. Schweppe System des Concurses. §. 69.

1) Nach dem prätorischen Edicte, den Hauptfall der Separation, welchen die Römer, wenn sie genau reden, allein mit diesen Namen bezeichnen, nämlich das beneficium separationis, mittelst dessen die Erbschaftsgläubiger, selbst die chirographarischen nicht ausgenommen, eine Ausscheidung des Vermögens des Erblassers von dem Vermögen des Erben, und zwar innerhalb fünf Jahren, von dem Augenblick der Erbschaftsantretung angerechnet, gerichtlich nachsuchen können [4]).

2) Als Erfindung der römischen Rechtsgelehrten, diejenigen Fälle, bei welchen sich die Absonderung auf bloße Theile eines und desselben Vermögens bezieht, und welche man auch wohl von den Neuern unter dem Namen einer Quasiseparation begriffen findet. Als solche werden im römischen Rechte bezeichnet:

   a. Daß bei der Actio tributoria aus Handlungsgeschäften der Sclaven gegen deren Herrn, zwei verschiedene Handlungscomtoirs des Sclaven für die besondern Gläubiger eines jeden Comtoirs separirt werden sollen [5]); ein Grundsatz, der durch die Praxis auf alle Arten von Handelsleute, insofern Gläubiger in Bezug auf die Handlung creditirt haben, oder deren Waaren in die Handlung inferirt sind, ausgedehnt worden ist [6])

   b. Können alle diejenigen, welche einem Hauskinde in Rücksicht des peculii militaris creditirten, wozu ohne Weiteres alle Gläubiger nach Erwerbung des peculii im Verhältnisse zu den frühern gehören, das peculium

4) Titul. Dig. XLII. 6. de separat.

5) fr. 5. §. 15. 16. D. XIV. 4. de tribut. act.

6) Schweppe a. a. O. §. 148.

zum Zweck einer abgesonderten Befriedigung vor den übrigen Gläubigern, und selbst vor denjenigen, in Bezug auf das peculium, welche zugleich eine Klage gegen den Vater haben, zum Voraus verlangen [7]).

Ueber andere Separationsfälle schweigt dagegen das römische Recht gänzlich [8]).

Untersucht man nunmehr, aus welchem Grunde sich die Annahme, daß auch denjenigen, welchen der in Anspruch genommene Vermögenstheil rechtlich verpfändet war, bevor er von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben worden ist, ein jus separationis ex jure crediti zustehe? so ergiebt es sich, daß jene Ansicht aus einer Analogie in Bezug auf die eben ausgehobenen Fälle nicht geschöpft werden kann, denn was:

a. Das den Erbschaftsgläubigern gegebene beneficium separationis anbetrifft, so ist dieses ein wahres beneficium legis, welches nur dann in Wirksamkeit tritt, wenn dasselbe binnen der vorgeschriebenen Frist nachgesucht wird; es ist also schon in sofern keiner Ausdehnung auf andere Rechtsverhältnisse fähig. Ferner schließt aber auch der Zweck, weßhalb es gegeben wurde, jede Ausdehnung oder analoge Anwendung auf den in Frage befangenen Fall aus. Trat ein verschuldeter Erbe die ihm titulo universali deferirte Erbschaft an, so entstand hierdurch

7) fr. 1. §. 9. D. XLII. 6. de separat.

8) Die Gegner setzen diesen Separatisten zwar auch denjenigen gleich, welcher sich an einer auf Credit erkauften Sache ein Pfandrecht vorbehalten hat. Allein man kann einem solchen, als Anleiher, bloß ein conventionelles privilegirtes Pfandrecht gestatten, und dieses auch denn wohl nur, wenn die Sache ein Schiff oder ein Grundstück ist. Thibaut a. a. O. §. 655. Schweppe a. a. O. §. 147.

eine Vermischung des Vermögens des Erblassers mit dem seinigen, und hierdurch wurden die Gläubiger des Erblassers so wie die Legatarien desselben sehr gefährdet, indem die Gläubiger des Erben gleichen Anspruch auf Befriedigung aus dem solchergestalt vermischten Vermögen erhielten. Dieses zu verhindern, war der Zweck jenes beneficii, und da er zunächst durch die, mittelst der Succession ex titulo universali entstehende Vermögensvermischung motivirt wurde, durch die Erwerbung ex titulo singulari aber eine solche Vermögensvermischung nicht eintritt, so folgt hieraus gleichfalls die Unstatthaftigkeit einer analogischen Anwendung, jener Separationsbefugniß auf Erwerbungen des Gemeinschuldners, die ihm titulo singulari erwachsen sind.

b. Was dagegen die bei der Actio tributoria eintretende Separationsbefugniß anlangt, so sind es gerade die bei dieser Klage eintretenden eigenthümlichen Rechtsverhältnisse, welche sich jeder analogischen Anwendbarkeit dieser Separationsbefugniß auf andere, als jene Rechtsverhältnisse wiedersetzen. Das Eigenthümliche der Klage liegt nämlich darin, daß sie nicht gegen den eigentlichen Contrahenten, sondern gegen den Herrn desselben angestellt werden konnte, und auf eine, durch ihn vorzunehmende Theilung, bei welcher er gleichfalls seine eigenen Forderungen geltend machen konnte, gerichtet war. Um nun zu verhüten, daß er bei derselben die Gläubiger verschiedener Handelscomtoire verkürze, ward den Gläubigern jedes Comtoirs, eine solche Separationsbefugniß gegeben, und, wenn gleich die Praxis diese ungebührlich weit ausgedehnt hat, so läßt sich doch wenigstens das nicht verkennen, daß die Separationsbefugniß, welche den Gläubigern verschie-

dener einzelnen, und für sich arbeitenden Handels-comtoire, hat zugestanden werden wollen, auf die Pfandgläubiger eines einzelnen, titulo singulari erworbenen Vermögenstheils, nicht angewendet werden kann.

c. Klar ist es endlich, daß die den Gläubigern, welche einem Hauskinde, das Soldat geworden war, in Bezug auf das peculium militare creditirt hatten, gegebene Separationsbefugniß, gleichfalls keiner analogen Ausdehnung fähig ist, weil in derselben eine Art eines Privilegiums in Hinsicht auf den bei den Römern so sehr bevorzugten Soldatenstand, und auf die Ermunterung zur Ergreifung desselben so wie zur Beförderung dieser Ergreifung, gegeben worden ist.

§. 3.

Die Unstatthaftigkeit einer analogischen Anwendung jener in dem römischen Rechte bestimmten Separationsfälle, auf die Verhältnisse früherer Pfandgläubiger an dem, von dem Gemeinschuldner später, titulo singulari erworbenen Vermögenstheile, scheinen auch die Vertheidiger der Separationsbefugnisse derselben (welche sie daher mit dem eigenen Namen eines juris separationis ex credito hypothecario bezeichnen), wohl gefühlt zu haben, indem sie sich keineswegs auf eine solche analoge Anwendung beziehen, vielmehr selbst einräumen, daß das den Gläubigern der letztern Art angeblich zustehende Separationsrecht auf kein, ihrer Hypothek beigelegtes Privilegium, auf keine besondere Rechtswohlthat, und namentlich nicht auf die den Erbschaftsgläubigern vergönnte Rechtswohlthat der Separation sich gründe.

Sie behaupten vielmehr, daß sich dieses Separations=recht lediglich auf den einfachen Rechtssatz stütze: daß Niemand mehrere Rechte auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe, und daß mithin jede solchergestalt übertragene Sache nur mit ihren Lasten und Beschwerden auf den neuen Besitzer übergehe. Sie machen dabei bemerklich: sein eigenes, aber kein fremdes Gut sey der Gemeinschuldner seinen Gläubigern abzutreten befugt, und daß es in der That gegen die natürliche Billigkeit, sowohl als gegen die positiven Gesetze anstoßen würde, wenn die letztern aus eines Dritten Vermögen ihre Befriedigung erhalten sollten. Sie ziehen endlich aus diesen Grundsätzen den Schluß, daß die Gläubiger, deren Forderung bereits auf ein Gut unterpfändlich, sey es durch öffentliche oder Privathypothek, rechtsverbindlich radicirt gewesen, ehe es an den Gemeinschuldner titulo singulari gekommen sey, und wenn sie es absque novatione et sub priori pignoris nexu, in dessen Hände hätten übergehen lassen, allen seinen Creditoren, selbst den privilegiirtesten vorgehen müßten.

Mag man nun in der Mangelhaftigkeit der Gesetzgebung in Bezug auf die Lehre vom Concurse der Gläubiger, eine Lehre welche den römischen Juristen, in der Form, in welcher sie sich jetzt ausgebildet hat, gänzlich unbekannt war, oder in einem unrichtig geleiteten Billigkeitsgefühl, den Ursprung jener Meinung suchen, so läßt sich dessen ungeachtet deren Unrichtigkeit nicht verkennen, indem man, bei genauer Prüfung derselben, zu dem Ergebniß geführt wird, daß sie nicht allein mit dem Wesen und der Natur des ganzen Concursprocesses, sondern auch mit den Grundsätzen über die aus dem Eigenthume fließenden Befugnisse, und endlich auch mit den wohlerworbenen Rechten derer, denen das Gesetz ausdrücklich ein bevorzugteres Pfandrecht zugestanden hat, völlig unver=

einbar ist; ja sogar auch der Billigkeit offenbar widerstreitet, insofern man dabei das Interesse beider collidirenden Gläubiger im Auge behält.

§. 4.

Ist nämlich der Hauptcharacter des gemeinrechtlich formellen Concurses in dessen Universalität aufzusuchen, vermöge deren alles disponible Eigenthum des Gemeinschuldners, aber auch nur dieses, der Privatdisposition entzogen, und dadurch das Rechtsverhältniß zu dem vorigen Gläubiger in ein neues gegen die Concursmasse selbst verwandelt wird, so ist schon dadurch der Begriff irgend einer Separationsbefugniß ausgeschlossen, und diese läßt sich nur in dem Sinne einer Absonderung desjenigen denken, welches nicht zur Vermögensmasse des Gemeinschuldners gehörte. Da wo das römische Recht gewissen Gläubigern einen Theil der Masse als ein für sich bestehendes abgesondertes Ganzes zur besondern Befriedigung anweiset, wie in den im §. 2. bezeichneten Fällen, kann man nicht einmal sagen, daß jener Begriff der Universalität ausgeschlossen wird, weil hier jedesmal ein bestimmtes Gesetz aus ganz besondern Gründen, nahmhaft gemachte Gegenstände, welche allenfalls zum Vermögen des Gemeinschuldners gerechnet werden müßten, als etwas der Masse Fremdartiges bezeichnet. Noch weniger stehen aber jenem Character der Universalität des Concurses diejenigen wenigen Fälle entgegen, wo Eigenthumsrechte von dem Gesetzgeber fingirt werden, wie namentlich bei Sachen, die der Gemeinschuldner mit Geschenken seiner Ehefrau erkauft hat [9]), bei Depositen, die bei den römischen

9) fr. 55. D. XXIV. 1. de donat. inter vir. et ux.

Argentarien geschahen[10]), so wie überhaupt in allen Fällen, wo sonst eine rei vindicatio utilis gestattet seyn würde[11]). Durch diese Bestimmungen, so wie vollends durch alle Vorschriften, welche den wirklichen Eigenthümer zur Reclamation seines Eigenthums berechtigen, aus denen z. B. Gmelin[12]) fast eben so viel einzelne Separationsrechte herleitet und aufzählt, als Fälle gedenkbar sind, wodurch die Detention eines Gegenstandes veranlaßt werden kann, geschieht der Regel kein Abbruch, daß alles, was im Augenblicke des ausgebrochenen formellen Concurses dominiotenus von dem Gemeinschuldner besessen wurde, bis zum Augenblick der Masse Gemeingut bleibt. Giebt es daher nur in diesem Sinne, daß alles Fremdartige von der Masse getrennt werden kann, ein jus separationis, und ist nur der wahre Eigenthümer, oder derjenige, den das Gesetz ihm gleichstellt, von der allgemeinen Verbindlichkeit wirklicher Gläubiger befreiet, im Concurse selbst ihre volle oder theilweise Befriedigung nach Maaßgabe desjenigen Rangs zu suchen, den ihnen das Recht anweiset, so folgt hieraus, daß dem bloßen Pfandgläubiger ein solches Separationsrecht nicht zustehen kann.

§. 5.

Unvereinbar ist ein solches angebliches Separationsrecht mit den Befugnissen, die aus dem Eigenthume fließen, und unverkennbar die Verwechselung der Begriffe von Eigenthums- und bloßen Pfandrechten, und noch mehr, von beschränktem Eigenthum, und der Dispo-

10) fr. 7. §. 2. 3. fr. 8. D. XVI. 3. Depositi. Vergl. W. T. Kraut de argentariis. Goetting. 1826. Cap. XI.

11) fr 21. D. XXVI. 9. quando ex facto tut. c. 8. C. III. 32. de rei vindicat.

12) a. a. O. Cap. I. §. 1 — 19.

sitionsfähigkeit eines Eigenthümers, deren sich die Verthei- diger dieser Meinung stets schuldig machen.

Vor allem gehört dahin die von ihnen vorzugsweise angerufene Rechtsregel, daß eine Sache nur in demjenigen Zustande, in welchem sie der Uebertragende selbst inne- gehabt, auf einen andern übertragen werden könne [13]), allge- meiner mit den Worten res transit cum suo onere ausgedrückt, und in besonderer Anwendung auf das Verhältniß des Pfandgläubigers zum ältern und neuen Inhaber des Pfandes in den Worten: Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emtorem [14]), ausge- sprochen, wobei noch ein besonderes Gewicht auf die Ver- fügung der c. 15. C. VIII. 14. de pignorib. gelegt wird, worin es heißt: Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. So wenig jedoch diese Regel an sich Ausnahmen erleidet, so wenig paßt sie für die Rechtfertigung des behaupteten Separationsrechts. Es liegt in der That eine wesentliche und nicht wohl zu verkennende Verschiedenheit in der Fortdauer der Pfand- rechte und in der Art, wie dieselben während dieser Fort- dauer und ungeachtet derselben, im Veräußerungsfalle der verpfändeten Sache ihre Kraft behaupten und verlieren können.

Niemand wird das Recht des Eigenthümers, sein mit Hypotheken noch so sehr belastetes Grundstück zu veräußern, bezweifeln, so wenig, als die Richtigkeit des Satzes, daß, wenn eine solche Veräußerung eintritt, die alte darauf

13) fr. 54. D. L. 16 de reg. jur.

14) c. 12. C. VIII. 28. distract. pignor.

haftende Hypothek nicht nur fortdauert, und gegen den dritten Erwerber verfolgt werden kann, sondern auch nichts, weder an ihrem Alter, noch an ihren Vorzügen verliert. Aber gerade hiemit ist auch jener Regel ihre Grenze gesteckt, und jede weitere Ausdehnung derselben unzulässig. Vermöge der Natur jedes dinglichen Rechts tritt der Gläubiger zu dem neuen Eigenthümer der verpfändeten Sache in ein gleiches Verhältniß, wie es vor der Uebertragung, gegen den vorigen bestand, und ein Mehreres besagen die angeführten Gesetze nicht, und konnten auch nichts besagen, wenn sie den Grundsätzen über Eigenthum und Pfandrecht treu bleiben, und keine Begriffsverwechselung autorisiren wollten.

Nur so viel ist aus ihnen zu folgern, daß den Pfandgläubigern ohne Rücksicht auf eine Veränderung in der Person des Besitzers der verpfändeten Sache, die ihnen an derselben bestellten Pfandrechte verbleiben, daß deren durch das Alter, die Art der Bestellung oder sonst erworbenen Vorzüge durch eine Veräußerung nicht alterirt werden, und daß das Pfand gegen jeden Erwerber verfolgt werden kann; nicht aber, daß die verpfändete Sache, insoweit sie mit Hypotheken beschwert ist, in Beziehung auf den neuen Erwerber als fremdes Gut zu betrachten sey, über welchem ihm ein Dispositionsrecht zum Nachtheil der frühern Pfandgläubiger überhaupt nicht zustehe.

Ja es dürfte eher das Gegentheil aus jener Rechtsregel zu folgern seyn. Der Veräußerer konnte allerdings nicht mehrere Rechte auf den Erwerber übertragen, als ihm selbst zustanden. Der Veräußerer hatte aber das Recht, die veräußerte Sache, so lange ihm das Eigenthum an derselben zustand, mit solchen Hypotheken zu beschweren, welche den früher berechtigten Pfandgläubigern nachtheilig werden konnten. Mit diesem Rechte konnte er daher, auch ohne gegen jene Rechtsregel anzustoßen, ja sogar in

Gemäßheit derselben, die veräußerte Sache auf den neuen Erwerber übertragen.

Jeder Eigenthümer ist nämlich unbestritten berechtigt, sein Eigenthum willkührlich mit Hypotheken zu belasten, und zwar bald mit Hypotheken besserer, bald schlechterer Gattung, obgleich er mit jeder Verhypothecirung, so viel, an dem dinglichen Rechte an der Sache einbüßt, als die neue Pfandbestellung reicht, und es ist ein feststehender Grundsatz des römischen Rechts, daß jemand, ungeachtet er mit jeder Pfandbestellung sein dingliches Recht als Eigenthümer der Sache verkleinert, dennoch so lange es ihm beliebt, Hypotheken auf die Sache legen kann, und zwar nach Willkühr, ob Privathypotheken, ob öffentliche oder gar privilegirte Hypotheken, wenn gleich die Sicherheit der erstern durch die Bestellung der letztern vermindert, ja gar aufgehoben werden sollte. Was aber in dieser Hinsicht dem ersten Eigenthümer zusteht, das muß in aller Maaße auch dem zweiten, der die Sache von jenem titulo singulari erwirbt, ebenfalls zustehen. Zwar geht das Eigenthum der mit Hypotheken belasteten Sache, mit jenen Lasten auf den zweiten Eigenthümer über, aber man kann nicht sagen, derselbe werde nur wahrer Eigenthümer in Hinsicht des Quantums, welches nach Abzug der hypothecarischen Forderungen übrig bleibt, und noch weniger, daß dieserhalb die Dispositionsbefugniß des zweiten Eigenthümers, in Betreff der Hypothekenbestellung beschränkt werde. Das erste nicht, weil man dann auch annehmen müßte, der erste Eigenthümer sey nur, nach Abzug der von ihm auf die Sache gelegten Hypotheken Eigenthümer geblieben, wo sodann die Frage seyn würde, wer denn in Hinsicht des übrigen Theils Eigenthümer sey, da die Pfandgläubiger durch das ihnen zugestandene dingliche Recht bekanntlich keine Eigenthumsrechte erwerben. Das zweite nicht, weil der zweite Eigenthümer ganz und gar in die Stelle des

ersten tritt, und weil der bloße Uebergang einer Sache aus einer in die andere Hand die an derselben klebenden Rechtsverhältnisse nicht verändern kann. Vielmehr erhält derselbe, als wahrer Eigenthümer dasselbe Recht, was der erste hatte. Durch die Uebertragung der Sache auf ihn, ging auch diese Befugniß zur unbeschränkten Hypothekenbestellung auf ihn über, denn kein Gesetz verordnet, daß der successor singularis in seinen Dispositionen durch die bereits zur Zeit der Erwerbung vorhandenen Pfandrechte mehr beschränkt seyn solle, wie sein auctor gewesen sey; und auch in der Natur der Sache liegt ebensowenig ein Grund hiezu, denn, wenn man dem zweiten Eigenthümer es versagen wollte, auf die etwa mit Privathypotheken belastete und solchergestalt auf ihn transferirte Sache, etwa öffentliche Hypotheken zu bestellen, weil dadurch jene frühern Privathypotheken an Sicherheit verlören, so müßte man, consequenter Weise auch behaupten, daß dem frühern Eigenthümer, welcher früher Privathypotheken auf die Sache gelegt habe, die Befugniß abzusprechen sey, nochmals eine öffentliche Hypothek an derselben zu bestellen, weil ja durch eine solche Bestellung dieselbe Besorgniß für die frühern Privathypotheken eintritt; eine Behauptung, die Niemandem einfallen wird.

Läßt sich daher aus der angezogenen Rechtsregel, daß Niemand mehrere Rechte auf den andern übertragen könne, als er selbst hat, durchaus keine Befugniß der hypothecarischen Gläubiger des ersten Eigenthümers, auf Separation von den Gläubigern des zweiten, zum Zweck ihrer abgesonderten Befriedigung aus der ihnen verpfändeten Sache, zu dringen, hernehmen, so ist ein solcher Grund noch weniger aus dem Princip zu folgern, daß der Gemeinschuldner zwar befugt sey, *seinen* Gläubigern sein *eigenes*, nicht aber *fremdes* Gut abzutreten, und daß diese seine Gläubiger gleichfalls nicht berechtigt seyen, ihre

Befriedigung aus eines dritten Vermögen zu verlangen, denn auch diese beiden, an und für sich wahren Sätze finden hier gleichfalls gar keine Anwendung.

Schon oben ist es angedeutet worden, daß die Behauptung, der neue Eigenthümer erwerbe nur das Eigenthum nach Abzug der auf der Sache haftenden Pfandrechte, und könne daher solches nur bis so weit weiter verpfänden, ganz unhaltbar ist, weil ja auch der alte nach dieser Ansicht, das Eigenthum nur nach Abzug der darauf bestellten Hypotheken behalten würde, wogegen es ihm dennoch, wie noch Niemand geläugnet hat, unbenommen bleibt, abermals Hypotheken an der Sache zu bestellen und sogar besserer Qualität als die frühern. Aber, was noch auffallender ist, so wird durch die gewagte Anwendung jener beiden Sätze, der Begriff des Eigenthums und der eines hypothecarischen Rechts am Eigenthum gänzlich mit einander verwechselt. Durch die Erwerbung einer Hypothek an einem fremden Eigenthume zur Sicherheit einer Forderung, erhalten ja nie die Gläubiger das Eigenthum an der verpfändeten Sache, sondern nur das Recht, sich wegen ihrer Forderung aus derselben Befriedigung zu verschaffen. Dagegen bleibt bis dahin der Eigenthümer wirklicher Eigenthümer der von ihm verpfändeten Sache, und man kann daher niemals sagen, daß er fremdes Gut seinen Gläubigern abtrete, wenn er die mit Hypotheken überkommene und von ihm noch weiter belastete Sache, allen denjenigen, die ihre Befriedigung aus derselben verlangen, abtritt, noch, daß seine Gläubiger, wenn sie sich an die, zwar früher andern, nachmals aber auch ihnen, verpfändete Sache halten wollen, ihre Befriedigung aus eines dritten Vermögen, verlangen würden.

§. 6.

Eben so unvereinbar ist jenes angebliche Separationsrecht mit den wohlerworbenen Rechten der Pfandgläubiger des zweiten Eigenthümers. Hält man nämlich das unumstößliche Rechtsaxiom fest, daß absolutprivilegirte Pfandrechte ohne Unterschied der Zeit ihrer Entstehung allen einfachen, gleichviel ob öffentlichen oder privat-, gesetzlichen oder vertragsmäßigen, eingetragenen oder nicht eingetragenen Hypotheken unbedingt vorgehen, so muß man nothwendig die Lehre von jenem Separationsrechte aufgeben, und dieses um so mehr, als bloß daraus, weil sich die Person des ursprünglichen Schuldners verändert, für dessen Gläubiger nicht die Befugniß erwachsen kann, aus der Concursmasse des neuen Schuldners die Passiva seines Vorgängers herauszusondern. Nur das Recht, die verpfändete Sache gegen jeden Besitzer derselben zu verfolgen, geben die Gesetze dem Pfandgläubiger, aber keineswegs besagen sie, daß der Pfandgläubiger durch den Uebergang der ihm verpfändeten Sache in das Eigenthum eines andern, als dessen, der die Hypothek bestellt hatte, vorzüglichere Rechte erhalte, als die ihm vorhin zugestanden haben, und sie konnten auch solches nicht besagen, weil dadurch die Grundsätze über den Vorzug der Hypotheken, sey es ihrer gesetzlichen Natur, oder der Art ihrer Bestellung nach, gänzlich über den Haufen geworfen seyn würden.

§. 7.

Nicht einmal die Billigkeit steht einer solchen Annahme zur Seite; denn die Lage der ältern Pfandgläu-

biger wird im allgemeinen durch den Uebergang der verpfändeten Sache aus der Hand des einen Eigenthümers in die eines andern wesentlich nicht verändert. Hatte der Pfandgläubiger bei der ihm geschehenen Bestellung des Pfandes sich nicht gehörig vorgesehen; hatte er vielleicht nur ein Privatpfandrecht sich ausbedungen, so war der frühere Eigenthümer, welcher das Pfand bestellt hatte, durch später vorgenommene öffentliche Verpfändungen eben so gut im Stande, dem frühern Pfandgläubiger zu schaden, als der nachmalige Eigenthümer, an welchen die Sache verkauft ist. Lebte der frühere Eigenthümer zur Zeit der Pfandbestellung, z. B. noch nicht in ehelichen Verhältnissen, so war es ihm unbenommen, solche später einzugehen, einen Brautschatz zu empfangen, zu verzehren und dadurch seinen frühern Pfandgläubigern, selbst, wenn demselben eine öffentliche Hypothek bestellt war, bei unzureichender Masse Schaden zuzufügen. Machen aber besondere Verhältnisse des neuen Eigenthümers dem alten Pfandgläubiger es wünschenswerth, sein Geld, wegen zu fürchtenden Verlusts, an der veräußerten Sache nicht stehen zu lassen, so ist ihm, da ihm deren Verkauf bei einiger Wachsamkeit nicht unbekannt bleiben kann, unbenommen, seine Gelder bei dem neuen Eigenthümer nicht stehen zu lassen, sie vielmehr zeitig einzuziehen. Unterläßt er diese leicht anzuwendende Vorsicht, ohngeachtet vielleicht Nachtheile für ihn aus der Veränderung in der Person des Schuldners zu befürchten sind, so liegt keine Unbilligkeit darin, daß er den Schaden unterlassener Vorsicht trage. Freilich läßt es sich nicht verkennen, daß hierbei Umstände eintreten können, wo auch diese Vorsicht den möglichen Verlust des Darlehns nicht entfernen kann, wenn z. B. dem Pfandgläubiger, wegen Abwesenheit die Veräußerung bis dahin unbekannt blieb, daß er sich an dem neuen Eigenthümer nicht erholen konnte, indem derselbe vielleicht bald nach der Veräußerung in

Con-

Concurs gerieth, und sich so viele bevorzugtere Gläubiger vorfanden, daß dem erstern das leere Nachsehen wurde. Diese mögliche Gefahr liegt aber, so wenig, wie der ihr folgende Verlust selbst, in der mit der Person des Eigenthümers vorgegangenen Veränderung *als solcher*, sondern in andern *rein zufäligen* Umständen, die sich auch hätten ereignen können, wenn jene Veränderung *nicht* eingetreten wäre[15]). Will man dabei auf alles hineingehen, was in dem Bereiche der Möglichkeit liegt, so konnte es sich auch zutragen, daß gerade durch den Uebergang der ver-

15) Sehr richtig bemerkt *Hoch* a. a. O. S. 74. daß der Pfandgläubiger wohl wissen mußte, wenigstens *sollte*, daß wegen der rechtlichen Möglichkeit der Veränderung in der Person des Pfandbestellers eine Berechnung auf die *persönlichen* Verhältnisse des ursprünglichen Pfandbestellers sehr voreilig und ungenügend sey. „Dann aber bleiben seine *persönlichen* Ansprüche an dem Pfandconstituenten nach wie vor bestehen; seine Berechnung konnte also durch die Personalveränderung in einzelnen Fällen nur durch eine zufällige Verbindung und ein Zusammentreffen von gewissen persönlichen und sächlichen Verhältnissen getäuscht werden, indem er z. B. etwa bei dem gleichfalls in Gant gerathenen ursprünglichen Pfandconstituenten A. mit seinem Pfandrechte, wenn das Pfand noch in dessen Gantmasse gewesen wäre, Bezahlung erlangt haben würde, erst jetzt aber mit seinen nun bloß noch persönlichen Ansprüchen an den A. in der letzten Classe durchfällt, während bei dem Nachfolger im Pfande B, der Mittel so wenig und der Schulden so viele sind, daß er, als Pfandgläubiger locirt, und nicht als Quasisepara list behandelt, bei dem Gante des B. ebenfalls durchfällt. Doch selbst einen solchen Fall hatte er ebenfalls gleich anfänglich, als möglich denken können. Er creditirte doch andern, und verstärkte nicht auch auf sonstige Weise als durch die Pfandbestellung seine Sicherheit; warum sollten, statt der in der Natur des Pfandes gegründeten Sicherungsmittel, sicherere und nach der jetzigen Lage *befriedigende*, gleichsam vom Himmel fallen?"

pfändeten Sache von dem einen auf den andern Eigenthümer die Sicherheit des Pfandgläubigers noch mehr befestigt würde, oder gar, daß letzterer sich an der ihm bestellten Hypothek in dem Concurse des zweiten Eigenthümers erholen konnte, während im Concurse des Vorgängers bevorzugtere Pfandrechte die Masse dergestalt erschöpften, daß jener Pfandgläubiger ohne den Uebergang der verpfändeten Sache auf einen bessern Schuldner, gänzlich leer ausgegangen seyn würde. Kann die Activmasse des neuen Eigenthümers nicht bedeutend größer seyn, wie die des Vorbesitzers? Kann also der Pfandgläubiger nicht gerade im Concurse des letztern befriedigt werden, während er in der nämlichen Classe bei des Vorbesitzers Concurse durchgefallen seyn würde? Solchergestalt hebt sich also eine Möglichkeit gegen die andere auf, und, wenn Jemand sagen wollte, der neue Eigenthümer bestellt vielleicht vorzüglichere Pfänder oder contrahirt mehr bevorzugte Verbindlichkeiten, so kann man darauf antworten: Der ursprüngliche Pfandschuldner vielleicht auch — ja vielleicht noch mehrere, als der jetzige, ohne daß ersterer etwa so viel Activmittel hätte, als der letztere [16]).

Will man sich nur auf Billigkeit beziehen, so scheint vielmehr die Billigkeit dafür zu reden, daß die, sey es früher, sey es später erworbenen Rechte der Pfandgläubiger des neuen Eigenthümers nicht verletzt werden dürfen. Warum sollen solche, etwa in Hinsicht ihrer Hypothek an und für sich bevorzugtere Pfandgläubiger, durch ein angebliches Separationsrecht des Pfandgläubigers des Vorbesitzers zu kurz kommen, und ihn aus ihrem Beutel bezahlen, während derselbe, wenn der Vorbesitzer und ursprüngliche Pfandbesteller der Gemeinschuldner geworden seyn würde,

16) Rieper a. a. O.

vielleicht der allerletzte unter den Pfandgläubigern gewesen und leer ausgegangen seyn würde?

§. 8.

Weder Gesetze also, noch Billigkeitsgründe, welche bei diesem Falle so sehr einer genauen Abwägung zu unterziehen sind, damit sie nicht eine Unbilligkeit gegen Andere in sich begreifen, dürften daher ein solches, dem Pfandgläubiger des Vorbesitzers beizulegendes Separationsrecht rechtfertigen; und so möchte es daher stets als Regel anzunehmen seyn, daß der Pfandgläubiger des Vorbesitzers nur dann den Vorrang vor dem Pfandgläubiger des zweiten Eigenthümers fordern könne, wenn er ein bevorzugteres oder älteres Pfandrecht, als der letztere hat, er dagegen, wenn dieses nicht der Fall seyn sollte, den bevorzugteren Pfandgläubigern des Gemeinschuldners allerdings nachstehen müsse.

§. 9.

Die Praxis der Mittelgerichte des Königreichs Hannover hat sich, nach Verschiedenheit dieser Gerichte, bald der einen bald der andern Ansicht über diesen Gegenstand angeschlossen [17]). Das Oberappellationsgericht zu Celle, hat in den Jahren 1740 [18]), 1776 [19]), 1776 — 1780,

17) Schlüter u. Wallis jurist. Zeitung für das Königr. Hannover. 1827. H. II. S. 5. fgg.

18) Pufendorf. T. 1. Obs. 212. §. 1.

19) Derselbe Animadvers. nro. 103. §. 1.

1791 1794[20]), und 1816[21]) ja noch im Jahre 1827, jenes angebliche Separationsrecht angenommen; dagegen aber solches unter dem 5 Dec. 1827, in drei gleichlautenden Erkenntnissen, nämlich in Sachen M. c. T., L. c. E., und R. Erben c. Rth. verworfen, indem es in denselben heißt:

"Da der Appellantin in Betreff ihrer Illatenforderungen — — nach bekannten gesetzlichen Vorschriften ein unbedingter Vorrang vor allen, mit einfachen, wenn gleich gerichtlich bestätigten und ingrossirten Pfandrechten versehenen Forderungen zusteht, worunter, nach der richtigen Theorie der Umstand, daß auf dem befraglichen zur Hypothek bestellten sogenannten neuen Garten mit Zubehör schon vor dem Uebergange dessen Eigenthums an den Gemeinschuldner die Hypothek der Appellatin gehaftet, nichts zu ändern vermag, angesehen das sogenannte Separationsrecht ex jure hypothecario, wenn es auch nach einer frühern Praxis Eingang gefunden, aus unrichtigen Prämissen abgeleitet und in den Gesetzen keinesweges begründet ist," u. s. w.

II. Erörterung.

Ueber den Beweis bei der Negatorienklage, wenn dem Kläger das Eigenthum abgeleugnet worden ist.

Die Beweislast bei der Negatorienklage ist unter den neuern Rechtsgelehrten oft und vielfach besprochen, jedoch

20) v. Ramdohr jurist. Erfahrungen. Th. 1. S. 229.

21) Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 39.

vorzugsweise nur in Hinsicht der Frage: ob der Kläger gegen den Beklagten, wenn dieser das Eigenthum des Klägers an und für sich nicht bestreitet, dagegen aber eine Servitut an dem Grundstücke desselben zu haben behauptet, die Freiheit dieses Grundstücks von der Servitut, und namentlich wenigstens für den Fall zu beweisen habe, wenn der Beklagte anerkannter Maaßen in dem Besitze der Ausübung der Servitut sich befinde?

Weniger berührt wurde dagegen die unter den Rechtslehrern gleichfalls als streitig betrachtete Frage: was und auf welche Art zu beweisen sey, wenn der Beklagte dem Kläger das behauptete Eigenthum abgeleugnet habe? und nur ganz neuerlich ist sie Gegenstand einer eben so gründlichen als gediegenen Abhandlung geworden [1]).

Nach der Glosse [2]), muß der Kläger bei der Negatorienklage das ihm abgeleugnete Eigenthum vollständig erweisen (probare se dominum), wenn der Beklagte im Besitze der Servitut ist; davon wird aber eine Ausnahme gemacht, wenn der Beklagte die behauptete Servitut nicht besitzt und sie auch nicht beweiset, indem auch hier der Kläger siegt, wenn er auch nichts bewiesen hat. Von den Commentatoren wurde die Glosse anders verstanden; nach ihnen ist ihre Ansicht die: Ist der Eigenthümer im Besitz, so wird sein Eigenthum präsumirt, und er braucht mithin bei der Negatorienklage für den Fall des ihm abgeleugneten Eigenthums nichts als den Besitz zu erweisen. Diese Meinung findet sich bei Bartolus [3]) schon viel bestimmter

1) Puchta über die Negatorienklage, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Philologie u. s. w. Jahrg. 1. Heft 3. S. 165 — 184.

2) Zu fr. 5. pr. D. VII. 6. si ususfructus petatur.

3) ad L. quidam, de condit. instit. vergl. mit der Lectura ad L. Sicut. §. seu si. Si servit.

ausgebildet, namentlich mit der Bemerkung, daß die Glosse den Satz zu vag hingestellt habe, und sich selbst widerspreche. Seine Ansicht ging dahin: der Eigenthümer tritt 1. entweder als Kläger auf, und hier sey ferner zu entscheiden: Komme das Eigenthum principaliter zur Sprache, wie bei der Vindication, so müsse es vollständig erwiesen werden; geschehe es aber nur incidenter, dann werde der gegenwärtige Besitzer als dominus präsumirt, der vergangene Besitz habe dagegen diese Präsumtion nicht für sich; oder 2 als Beklagter per exceptionem; hier werde sein Eigenthum post fundatam intentionem des Klägers nicht, ohnedies aber allerdings präsumirt. Dies wurde denn zu jener Zeit bald ein allgemein angenommener Rechtssatz, welcher von den spätern Rechtslehrern ausdrücklich auf die Negatorienklage, als einer Klage, bei welcher das Eigenthum nur incidenter vorkomme, bezogen ward; und so ist derselbe denn auch auf die ältern deutschen Praktiker [4]) übergegangen, und auch viele Praktiker des achtzehnten Jahrhunderts [5]) haben darnach den Beweis bei der Negatorienklage bestimmt. Hiernach wurde zwar anerkannt, daß der Kläger sein Eigenthum erweisen müsse, indessen behauptete man, daß die Präsumtion aus dem Besitz genüge, und also auch nur dieser erwiesen zu werden brauche; wo hingegen der Kläger nicht besaß, da mußte er, ehe die folgende Lehre entstand, sein Eigenthum so vollständig erweisen, wie bei der Vindication. Man hatte nun aber auch schon eine allgemeine Regel aus jenem obengenannten Rechtssatze gebildet, die wahrscheinlich vor dem achzehnten Jahrhunderte, wenigstens nicht allgemein herschend geworden ist. Ein

4) Gailt. pract. observ. II. 47. Besold. in Consil. Tubing. III. 118. nro. 97. 98. Berlich Decis. aur. II. 233. Mevii Decis. I. 53. und I. 186. not. 3. 4. Stryck. U. M. VIII. 5. §. 4.

5) Bei Glück Pand. Bd. X. S. 248. not. 94.

Recht sollte überhaupt, wenn es nur incidenter zur Sprache käme, keinen vollständigen, sondern einen summarischen Beweis, wie er nach der Lehre der ältern Processualisten bei den summarischen Processen statt fand, und wie man ihn damals unter dem Worte Bescheinigung verstand, erfordern, und diese Bescheinigung sollte bei der Negatorienklage nicht allein durch den Beweis des Besitzes, wegen der nach der herkömmlichen Lehre damit verbundenen Präsumtion, sondern auch durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe geführt werden können [6]). Hiedurch fiel auch jene Ausnahme hinweg, denn, wenn auch der Kläger nicht im Besitze war, so konnte er dennoch das Eigenthum auf andere Weise als durch den Beweis des Besitzes bescheinigen. Endlich kam man dahin, die Frage: ob der Kläger Eigenthümer sey, unter den Gesichtspunct der Legitimation zur Sache zu stellen, weil man die Zulässigkeit der Negatorienklage auf den Fall einer angemaßten Servitut beschränkte, nnd die Freiheit des Eigenthums von dieser Servitut, als den eigentlichen Grund der Klage ansah. Von diesem Standpuncte aus forderte man nun bloße Bescheinigung des Eigenthums, man schloß aber den Beweis des bloßen Besitzes aus, da der Besitz noch keine Bescheinigung des Eigenthums enthalte [7]).

Unterzieht man nun diese letztere Ansicht, welche gegenwärtig in der Praxis die herschende geworden ist, einer genauern Prüfung, und nimmt man hierbei auf die wahre Natur der Negatorienklage die geeignete Rücksicht, so wird man sich von deren Unhaltbarkeit überzeugen müssen.

Die rechtliche Natur der Negatorienklage ist nämlich

6) Berger Oeconom. jur. II. 3. §. 22. not. 6. vergl. II. 5. §. 12. not. 3.

7) Leyser sp. 109. m. 1. 3. Kind Quaest. forens. III. 45. Thibaut Pandektenr. §. 625.

keinesweges auf die bloße Abwehr von servitutischen Ansprüchen beschränkt, sondern hat einen viel ausgedehntern Wirkungskreis. Hält man sich lediglich an die Worte des Fr. 2. pr. D. VIII. 5. si servitus vindicetur, welche dahin gehen: de servitutibus in rem actiones competunt nobis — tam confessoria quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit: negatoria domino, qui negat, so sollte man allerdings geneigt seyn, die Negatorienklage als eine ganz besondere, bloß in Hinsicht der Servituten gegebene Klage anzusehen. Erwägt man jedoch, daß es Stellen in den Pandecten [8]) giebt, wo die Negatorienklage in solchen Fällen gestattet wird, in welchen die Anmaßung einer Servitut von Seiten des Beklagten gar nicht denkbar ist, so wird man einräumen müssen, daß in jener erstern Stelle die Eigenschaft der Negatorienklage als eine de servitute actio nicht als die ausschließliche dargestellt werden sollte, und so wird man sie auch da zulassen müssen, wo eine theilweise Verletzung des Eigenthums auch ohne Anmaßung einer Servitut von Seiten des Verletzers vorhanden ist [9]).

Ist aber dieses der Fall, so kann man in der Negatorienklage nichts anders, als eine wahre Eigenthumsklage erkennen [10]), und so gestaltet sich ihre rechtliche Natur folgendermaßen.

Die Eigenthumsklage kann nämlich nach Beschaffenheit der

8) Z. B. fr. 14. §. 1. D. VIII: 5. si serv. vind. verglichen mit fr. 26. D. VIII. 2. de serv. praed. urb. und zum Theile wenigstens die in der Glosse zum fr. 2. D. VIII. 5. angeführten Stellen.

9) Heise Grundriß. II. B. 2. Cap. Note. 14. Puchta a. a. O.

10) Hübner's Zusätze u. Berichtigungen zu Höpfners Commentar. S. 127. fgg. Hugo Lehrbuch des röm. Rechts. Siebente Ausgabe S. 312. — Bezweifelt wird diese Ansicht dennoch von Du Roi im Archiv für civilist. Praxis. S. VI. 298.

der Verletzung, welche ihre Anstellung begründet, von doppelter Art seyn. Die Verletzung kann nämlich eine gänzliche seyn, und dieses ist diejenige, welche in der Entziehung des Besitzes, als der allgemeinen Bedingung der Ausübung des Eigenthums besteht; oder eine theilweise, welche nur einzelne Seiten an dem Rechte des Eigenthums berührt. Im erstern Falle ist die Eigenthumsklage die rei vindicatio, im letztern, die negatoria actio, und also in so fern keinesweges auf die Abwehr servitutischer Ansprüche an das Eigenthum beschränkt.

Ist aber dieses als ausgemacht anzunehmen, und in der Negatorienklage eine Eigenthumsklage nicht zu verkennen, so liegt der Grund derselben, nicht etwa, wie jene Rechtslehrer annehmen, in der Freiheit des Eigenthums, sondern in dem Eigenthume selbst. Mithin hat der Kläger, wenn ihm der Grund der Klage abgeleugnet wird, hier eben so gut, wie bei der rei vindicatio, das Eigenthum zu erweisen, indem sich beide Klagen, nicht etwa durch den Klaggrund, sondern nur durch die Beschaffenheit der Verletzung unterscheiden, da die Anstellung der einen oder der andern, nur allein davon abhängig ist, ob die Verletzung eine gänzliche oder eine theilweise war. Hiebei kömmt nun noch in Betracht, daß die Freiheit des Eigenthums auch um deswillen kein Klaggrund seyn kann, weil sie kein Recht, sondern nur die, noch dazu bloß relative und negative Eigenschaft eines Rechts ist, und ohne Recht keine Klage sich denken läßt. Außerdem würde man auch sagen können, der Grund der Vindication sey die Nichtbefugniß des Beklagten, die Sache zu besitzen, und sonach wäre am Ende der Klaggrund bei jeder Klage, die Behauptung einer Rechtsverletzung von Seiten des Beklagten, eine Behauptung, welche den bisher mit dem Klagrunde verbundenen Begriffen durchaus zuwider läuft.

Wenn also solchergestalt als erwiesen anzusehen ist,

daß das Eigenthum, und nicht die Freiheit desselben, als der wahre Klaggrund bei der Negatorienklage anzusehen ist, so ergiebt sich auch hieraus überzeugend, daß die Frage: ob der Kläger Eigenthümer sey, durchaus keinen Incidentpunct bildet, so wenig, wie bei der rei vindicatio, sondern daß dieselbe wirklich den Hauptpunct der Klage ausmacht, eben weil es der Grund derselben ist.

Kann daher aus dem unhaltbaren Grunde, das Eigenthum komme bei der Negatorienklage nur incidenter zur Sprache, falls solches abgeleugnet wurde, eine bloße Bescheinigung desselben, nicht hinreichen, und muß es in dieser Hinsicht bei den ersten Regeln über die Beweislast verbleiben, daß der Kläger den Grund seiner Klage, und, so viel ihm daran verneint worden, zu beweisen habe; so läßt sich diese Regel auch dadurch nicht umstoßen, wenn die neuern Juristen die herkömmliche Meinung von dem Incidentpuncte noch näher und bestimmter dahin ausgebildet haben, daß es sich hier nur von einer legitimatio ad causam handle. Abgesehen nämlich davon, daß das Eigenthum hier keinesweges einen bloßen Incidentpunct bildet, so muß doch die legitimatio ad causam, wenn man sie nicht gleich von vorn herein mit dem Beweise in der Hauptsache zusammenwerfen will, einen von dem eigentlichen Klaggrund verschiedenen Gegenstand haben; mithin kann bei der Negatorienklage der Beweis, daß der Kläger Eigenthümer sey, nicht als Sachlegitimation im gewöhnlichen Sinne gelten, eben, weil er nach den obigen Ausführungen der Beweis in der Hauptsache selbst ist.

Wenn nun solchergestalt die Behauptung, daß es bei dem Ableugnen des Eigenthums einer bloßen Bescheinigung desselben von Seiten des Klägers bedürfe, als unhaltbar aufgegeben werden muß, so läßt es sich auf der andern Seite nicht verkennen, daß bei dem gänzlichen Stillschweigen der positiven Gesetze, über die Art des erforderlichen Be-

weises des abgeleugneten Eigenthums, als Klaggrundes der Negatorienklage, ein natürliches Gefühl der Billigkeit, dem der Jurist bei der Ausbildung unbestimmter Puncte im Rechte das Gehör nicht versagen darf, denselben dahin leiten muß, dem Kläger hier, wo das Verneinen des Beklagten so leicht eine bloße Chicane seyn kann, die Möglichkeit eines leichtern Beweises zu verschaffen, und dieses ist um so eher möglich, als der Kläger selbst bei der Vindication seines Eigenthums, durch die publiciana in rem actio eine solche Hülfe vom Gesetze erhalten hat. Beachtet man nun, daß diese Klage, bei der gänzlichen Verletzung des Eigenthums, der rei vindicatio, nach unserm Rechtssysteme zur Seite steht, so ist es das natürlichste, wenn gleich die römischen Juristen diese Klage auf den andern Fall der Eigenthumsklage wegen theilweiser Verletzung, wenigstens in den uns bisjetzt bekannten Schriften, die wir von ihnen besitzen, nicht ausgedehnt haben, eine actio publiciana negatoria zu gestatten.

Die Zulässigkeit einer solchen Ausdehnung ist nun von dem neuesten Bearbeiter der Lehre über die Negatorienklage, so klar und augenscheinlich dargelegt, daß man sich unbedenklich zur Billigung seiner Ansicht hingezogen fühlt, und mit demselben die Ueberzeugung vollkommen theilen muß, daß der dem Kläger in Bezug auf die Negatorienklage, aufzuerlegende Beweis des ihm abgeleugneten Eigenthums, nach Maaßgabe einer publiciana in rem actio zu gestatten, mithin der Beweis des Usucapionsbesitzes für vollkommen genügend und hinreichend zu erachten sey.

Kann man daher als Regel aufstellen, daß der Kläger für den Fall, daß ihm bei der angestellten Negatorienklage, das Eigenthum abgeleugnet worden ist, wenigstens den Beweis des Usucapionsbesitzes, um dasselbe und mithin den Grund seiner Negatorienklage darzuthun, zu führen

schuldig ist, so frägt es sich nur noch, ob diese Regel auch dann anzuwenden ist, wenn der Beklagte dem Kläger zwar nicht das Eigenthum gänzlich, aber in beschränkter Maaße ableugnet, indem er sich seiner Seits auf ein behauptetes Miteigenthum stützt?

Um diese Frage beantworten zu können, werden offenbar zwei Fälle unterschieden werden müssen.

Räumt der Beklagte dem Kläger das Eigenthum an einer körperlichen Sache im Ganzen ein, behauptet derselbe aber ein Miteigenthum in Bezug auf einzelne Theile desselben (pro diviso), so verhält sich jene Behauptung als eine partiell negative Litiscontestation, woraus denn gefolgert werden müßte, daß der Kläger in einem solchen Falle, das alleinige Eigenthum durch den Beweis einer den Beklagten ausschließenden Erwerbsart, darzuthun hätte; so daß also die Anwendung der eben aufgestellten Regel nicht zweifelhaft seyn dürfte [11]).

Räumt dagegen der Beklagte das Eigenthum des Klägers zwar an allen Theilen der streitigen Sache ein,

11) Es verhält sich nämlich hiebei eben so, als in dem Falle, wenn dem Kläger der Besitz eingeräumt, dagegen ein Mitbesitz von dem Beklagten behauptet wird. "Wenn der Beklagte des Klägers Besitz im Allgemeinen einräumt, seiner Seits aber den Mitbesitz behauptet, so entsteht die besondere Frage, wer muß nun beweisen? Man könnte jene Behauptung als eine Exception ansehen, und deshalb dem Beklagten den Beweis auflegen; ich glaube aber vielmehr, daß der Kläger beweisen muß. Denn eigentlich behauptet der Kläger den Besitz an allen Theilen der Sache; dieser wird ihm an einigen Theilen zugestanden, an andern bestritten; es ist demnach eine partiell negative Litiscontestation, weshalb der Kläger beweisen muß. Als Unterstützung kann noch angeführt werden, daß außerdem bei entschiedenem Mitbesitz jeder Theil unendlicher Weise klagen, und dann seinem Gegner, dem Beklagten, den Beweis aufbürden könnte." v. Savigny Besitz S. 372 (Ausg. IV.)

behauptet derselbe aber gleichfalls an denselben ein Miteigenthum pro indiviso, so würde sich dieser Fall anders verhalten.

Durch die geschehene Einräumung der Eigenthumsrechte über den ganzen streitigen Gegenstand, und durch die Behauptung eines condominii pro indiviso an demselben, erscheint nämlich das vorgeschützte Miteigenthum nur als eine Modification jener Einräumung, welche mithin, falls dasselbe von dem Kläger seiner Seits abgeleugnet wird, nunmehr von dem Beklagten zu erweisen ist, ohne daß es von Seiten des Klägers eines vorläufigen Beweises seines Eigenthums weiter bedürfte.

Nach diesen Grundsätzen wurde denn auch folgender Rechtsfall entschieden. Die Dorfschaft Brinkum und Seckenhausen behauptete gegen die Dorfschaften Leeste und Wulfhoop das alleinige Benutzungsrecht eines in der Nähe befindlichen Heidegrundes, durch Plaggenmatt, Heidhieb und Schafweide, und stellte dieserhalb gegen die letztern eine Negatorienklage an, weil dieselben ein gleiches Benutzungsrecht ansprachen. Letztere räumten den Imploranten zwar Eigenthumsrechte über das ganze streitige Grundstück ein, behaupteten dagegen an demselben ein Miteigenthumsrecht pro indiviso, und in dieser Hinsicht, ein ganz gleiches Mitbenutzungsrecht zu haben. Imploranten stützten sich dagegen auf ein ihnen zustehendes ausschließliches Eigenthum, und leugneten den Imploraten das von ihnen in Anspruch genommene Miteigenthum ab. Das Amt Syke legte hierauf den Imploranten den Beweis des ausschließlichen Eigenthums, als ihres Klaggrundes auf; indessen hob die Justizcanzlei zu Hannover unter dem 22 Jan. 1827 diesen Amtsbescheid wieder auf, indem sie annahm, daß da die Imploraten den Imploranten Eigenthumsrechte über den ganzen streitigen tractus eingeräumt hätten, und somit, weil von einem condominio pro indiviso die Rede

sey, das zur Anstellung der Negatorienklage nöthige Erforderniß auf Seiten der Imploranten genügend sich darlege, auch das von den Imploraten behauptete gegenseitig aber geleugnete Miteigenthum nur eine jedenfalls zu erweisende Modification jenes einmal eingeräumten Rechts enthalte, der Hauptbeweis nicht den Imploranten, sondern vielmehr den Imploraten aufzuerlegen sey; eine Entscheidung, welche auch von dem Oberappellationsgerichte, am 4 Decemb. 1827. bestätigt wurde.

III. Erörterung.

Die Ehefrauen der Meier und Leibeigenen in der Grafschaft Hoya*) sind befugt, ihr Eingebrachtes aus dem Concurse des Mannes zurückzufordern.

Bekanntlich ist es Grundsatz des Meierrechts, daß die aufgeheirathete Ehefrau eines Meiers, durch das in den Hof Eingebrachte die Mitaufnahme in das Meierverhältniß, und folglich eine Leibzucht und eventuelle Successionsrechte an dem Hof erwirkt, wogegen aber jenes Eingebrachte dem Hofe einverleibt wird, und nach dem Tode des Ehemannes in der Regel nicht zurückgefordert werden kann[1]).

Auch in der Grafschaft Hoya gilt dieser Grundsatz ganz unbezweifelt, nur daß, wie Palm[2]) bezeugt, an

1) Runde Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile. §. 22.

2) Leibeigenthumsrecht der Grafschaft Hoya. Cap. V. §. 15. S. 106.

*) Auch im Herzogthum Bremen, nach den Erkenntnissen des Hofgerichts zu Stade, in Schlüter und Wallis jurist. Zeitung für das Königr. Hannover. Jahrg. 1828. Heft II. S. 130 fgg.

einigen Orten ein specielles Gewohnheitsrecht bestehen soll, welches dem aufgeheiratheten Ehegatten, falls er zur zweiten Ehe schreitet, die Wahl zwischen der Annahme der Leibzucht und der Zurücknahme des Eingebrachten gestattet.

Sehr bestritten ist dagegen dort die Frage: ob die Ehefrau eines Meiers oder Leibeigenen das Recht habe, bei entstandenem Concurse der Gläubiger über das Vermögen ihres Mannes, und danach erfolgter Abmeierung desselben, ihr Eingebrachtes aus der Masse zurückzufordern? da sie durch jene Abmeierung, nach bekannten Grundsätzen des Meierrechts, aller derjenigen Vortheile verlustig wird, die sie durch das Eingebrachte in Bezug auf den Hof erworben hatte.

Nach der Calenberger Meierordnung vom 12. Mai 1772 würde der Ehefrau eines Meiers eine solche Befugniß nicht entzogen werden können, indem dieses Gesetz Cap. IX. §. 8. derselben, das nach gemeinem Rechte einer Ehefrau unstreitig zustehende Recht der Zurückforderung des Eingebrachten im Concurse ihres Ehemannes, mit alleiniger Ausnahme für den Fall, wenn sie an dem Verfalle des Hofes selbst Schuld wäre, bestätigt. Und ein Gleiches würde sogar ohne jene Ausnahme, anzunehmen seyn, wenn der Entwurf einer Lüneburgischen Meierordnung gesetzliche Kraft erhalten haben und auf das Hoyaische ausgedehnt seyn würde, weil es Cap. XI. §. 9. in demselben heißt: „Die Ehefrau des abgemeierten Coloni, kann, wenn, wie solches gewöhnlich der Fall ist, über dessen Vermögen Concurs entsteht, ihr Eingebrachtes ex concursu repetiren, und wird deshalb, wenn die wirkliche Illation bewiesen, gerichtlich classificirt".

Da jedoch das erstere Gesetz in der Grafschaft Hoya gar nicht gilt, und jener Entwurf, wenn gleich dessen Ausdehnung auf die Grafschaft, für den Fall, daß er als

Gesetz publicirt seyn wird, höchst wahrscheinlich geschehen wird, noch zur Zeit keine gesetzliche Kraft äußern kann, so ermangelt es daselbst bis jetzt an einer gesetzlichen Bestimmung über jene oft zur gerichtlichen Erörterung kommende Frage, und so ist es hiervon die Folge gewesen, daß dieselbe von den dasigen Gerichten bald bejahet bald verneint worden ist, und daß selbst die Obergerichte sie sehr verschieden beantwortet haben.

Die verneinende Ansicht beruht auf der Behauptung, daß ein solches Rückforderungsrecht mit den Grundsätzen, auf welchen das Meierinstitut beruhe, durchaus unvereinbar sey, und auf der Schlußfolgerung, daß, wenn die Ehefrau, falls die Ehe durch den Tod ihres Ehemannes getrennt werde, nicht berechtigt sey, das eingebrachte Heirathsgut zurückzufordern, ihr auch im Concurse des Ehemannes ein Zurückforderungsrecht nicht zustehen könne, indem solches nur an die Stelle eines bei dem Tode des Ehemannes stattfindenden Zurückforderungsrechts würde treten können; wogegen sich die bejahende Ansicht darauf gründet, daß, in dem fraglichen Falle, weder ein in der Grafschaft Hoya bestehendes Gesetz, noch die Natur des Meierinstituts, das nach gemeinem Rechte der Ehefrau zustehende Recht, ihr Eingebrachtes aus dem Concurse ihres Ehemannes zurückzufordern, aufgehoben habe.

Allerdings verdient nun wohl diese letztere Ansicht unstreitig den Vorzug. Zuerst ist zu bemerken, daß in der Grafschaft Hoya zwar die Parömie: Längst Leib, Längst Gut, allgemein gilt, aber eine allgemeine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten dort nicht existirt [3]).

Daß kein Gesetz in der Grafschaft Hoya existire, welches der Ehefrau eines Meiers oder Leibeigenen, die Befugniß entziehe, bei entstandenem Concurse über das

3) Pufendorf T. I. obs. 86.

das Vermögen ihres Ehemanns, und bei erfolgter Abmeierung desselben, ihr Eingebrachtes zurückzufordern, ist ebenfalls völlig zweifellos, und nur dann würde ihr diese Befugniß entzogen werden können, wenn ein an einzelnen Orten vorhandenes specielles Gewohnheitsrecht, welches jene Rückforderung des Eingebrachten verböte, gegen sie erwiesen werden könnte.

Würde es jedoch an einem solchen speciellen Gewohnheitsrechte ermangeln, so scheint es an jedem triftigen Grunde zu fehlen, weshalb man der Ehefrau jenes Recht versagen könnte, indem man in der That nicht behaupten kann, es sey mit den bestehnden Grundsätzen des Meierrechts unvereinbar, und überdem der Schluß von dem untersagten Zurückforderungsrechte des Eingebrachten, nach dem Tode des Ehemanns, auf das Zurückforderungsrecht aus dem Concurse, oder nach geschehener Abmeierung nicht zutrifft.

Schon jene oben aufgeführten, theils in der Provinz Calenberg geltenden, theils auch für das Lüneburgische vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen sprechen bey der Beantwortung der Frage: ob in der rechtlichen Natur des Meierinstituts Gründe anzutreffen seyen, weshalb jene gemeinrechtliche Bestimmung, als unvereinbar mit diesem Institute für eo ipso aufgehoben betrachtet werden müssen? offenbar gegen jene, die aufgestellte Streitfrage verneinende Ansicht; vielmehr wird man durch dieselben sehr natürlich auf den Schluß geführt, daß, wenn da, wo das Meierrecht in eine besondere Gesetzgebung zusammengefaßt worden, jene gemeinrechtliche Bestimmung nicht aufgehoben ist, in der rechtlichen Natur des Meierinstituts schwerlich ein hinreichender Grund für eine solch Aufhebung anzutreffen sey. Und ist dieses nicht einmal der Fall, wie sollte man sich denn bewogen finden, anzunehmen, daß das Meierinstitut eo ipso, ein von dem gemeinen Rechte so

sehr in Schutz genommenes Rückforderungsrecht der Ehefrau, beseitige? In der That aber möchte es auch unmöglich seyn, in der Beschaffenheit des Meierinstituts einen genügenden Grund für einen solchen Ausschluß der Ehefrau mit jener ihrer Befugniß anzutreffen. Freilich kann die Witwe des Meiers, wenn sie den Altentheil oder die Leibzucht genießt, oder gar selbst auf dem Hofe zur zweiten Ehe schreitet, ihr Eingebrachtes nicht zurückfordern, allein in dem einen wie in dem andern Falle ist auch ihre Subsistenz auf und aus dem Hofe selbst hinreichend gesichert. Auch ist dieser Altentheil und respective die ihr darauf oder auf die Succession im Hofe eröffnete Aussicht keinesweges ein Aequivalent oder eine Folge i h r e s E i n g e b r a c h t e n, sondern lediglich der A u f n a h m e i n d a s M e i e r v e r h ä l t n i ß s e l b s t. Man kann daher nicht sagen: für d a s E i n g e b r a c h t e werden der Frau der Altentheil und die sonstigen Rechte erworben, und wenn diese aus besondern Gründen wegfallen, so reviviscirt darum nicht wieder ihr Recht auf das Eingebrachte. Eben daher darf man das, was in Betreff des Eingebrachten Rechtens ist, wenn der Mann stirbt, und die Witwe auf den Altentheil zieht oder gar wieder auf den Hof heirathet, nicht mit demjenigen verwechseln, was bei dem Concurse gilt. Auch ist es wohl ziemlich einleuchtend, daß wenn in dem erstern Falle das Meierinstitut selbst, namentlich die Instandhaltung des Hofs dabei interessirt ist, daß die hinsichtlich ihrer Subsistenz aus dem Hofe gesicherte Frau, von dem Anerben ihr Eingebrachtes nicht zurückfordere, wogegen im Falle des Concurses das Interesse des Meierwesens gar nicht, sondern, wie in jedem gemeinrechtlichen Falle nur das Interesse der Gläubiger in Bezug auf die Art, wie die Masse vertheilt werden soll, in Frage kömmt. Durch den Concurs wird der Hof und das allodium cum villa conjunctum nicht mit afficirt; dieses ist das einzige Princip

welches das Meierinstitut wesentlich interessirt; aber wie das Uebrigbleibende unter die Gläubiger vertheilt werde, ob die Ehefrau etwas davon erhalte oder nicht? alles dieses ist dem Hofe und dem Gutsherrn, denen jene Verhältnisse und jene Personen völlig fremd werden und bleiben, sehr gleichgültig. Man kann daher nicht sagen, daß das Wesen des Meierinstituts die Rückforderung des Brautschatzes aus dem Concurse unmöglich mache, da, wie gezeigt worden, das Meierwesen dabei ganz unintereſsirt ist, wer die zu vertheilende Masse, die von dem Hofe nun auf immer getrennt wird, erhält. Nur die Gläubiger sind dabei interessirt, denen setzt nun aber einmal das gemeine Recht die Ehefrauen vor; und deshalb kömmt es auch täglich vor, daß vorsichtige Gläubiger auch von Meiersfrauen eine Entsagung des privilegii dotis et illatorum oder eine Verbürgung derselben verlangen.

Als daher das Amt Hoya der Ehefrau des Gemeinschuldners P*** ein solches Rückforderungsrecht ihres Eingebrachten zuerkannt hatte, und die deshalb von einigen Gläubigern desselben, dem M*** und Cons. eingewandte Supplication, mittelst folgenden Bescheides vom 2. Dec. 1826 zurückwies:

"Wenn gleich nach der Meierverfassung es seinen guten Grund hat, daß der Ehefrau eines Meiers, wenn die Ehe durch den Tod getrennt wird, ein Recht zur einstweiligen Fortsetzung der Wirthschaft und Benutzung des Colonats, eventualiter zur Succession an selbigem, auch das Recht auf eine Leibzucht eröffnet wird und in solchen Fällen ihr Eingebrachtes in der Stelle verbleiben muß; nachdem jedoch solche Rechte keinesweges durch die Illation eines Brautschatzes bedingt, sondern lediglich in der

erhaltenen Mitbemeierung begründet sind, und zwar in der Maaße, daß, wenn der Meier durante matrimonio Concurs macht, und die Abmeierung sich zuzieht, eo ipso auch die Folgen der Mitbemeierung der Ehefrau desselben wegfallen, und die vorgedachten Rechte derselben verloren gehen müßten, in solchem Falle oder bei Ermangelung einer zwischen Eheleuten bestehenden Gütergemeinschaft kein rechtlicher Grund vorhanden ist, aus welchem der Ehefrau die gemeinrechtliche Befugniß, bei des Mannes Vermögensverfall ihren Brautschatz zu sichern und zurückzufordern, zu entziehen wäre, indem eine Aufhebung solcher Befugniß so wenig durch ein Gesetz verordnet, als wenig durch Observanz begründet ist, des Endes auch von den Ehefrauen der Meierleute dem privilegio dotis et illatorum toto die entsagt wird — als findet die supplicando eingebrachte Intervention keine Statt."

so wurde dieses Erkenntniß, der eingewandten Appellation ohnerachtet, sowohl von der Justizcanzlei zu Hannover, unter dem 26. März 1827, als auch von dem Oberappellationsgerichte unter dem 16. Nov. deff. J. ob non elisas rationes des Untergerichts bestätigt.

IV. Erörterung.

Die wegen Ehebruchs geschiedene unschuldige Ehefrau kann, wenn sie keinen oder einen nicht genügenden Brautschatz eingebracht hat, auch nach Trennung der Ehe, standesmäßige Alimente aus dem Vermögen des Schuldigen verlangen.

Das Römische Recht ist sich bei Bestimmung der Vermögensnachtheile, welche in den durch dasselbe bestimmten Scheidungsfällen den schuldigen Ehegatten treffen sollen, nicht gleich geblieben.[1])

Um hier nur das neuere Römische Recht zu erwähnen, so verlor nach c. 8. §. 4. (Theodosius der jüngere) und nach c. 11. §. 1. C. V. 17. de repudiis (Justinian) die schuldige Ehefrau die dos und donatio propter nuptias, welche der Ehemann behielt und zurückerhielt, oder, wenn sie keine dos eingebracht hatte, ein Viertheil ihres Vermögens. Der schuldige Ehemann verlor nach denselben Bestimmungen die donatio propter nuptias, welche die Frau behielt, und, wenn er eine solche nicht bestellt hatte, ein Viertheil seines Vermögens zum Besten der Frau, jedoch nie über 100 Pfund Gold.

In der Novelle CXVII. bestimmte Justinian die verschiedenen Scheidungsfälle, in welchen die schuldige Ehe-

1) S. vorzüglich J. H. Boehmer de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii. Cap. I. in s. Exercitat. ad Pand. T. IV. nro. 73.

frau die dos verlieren sollte, so wie auch der schuldige Ehemann seiner Seits die donatio propter nuptias nicht zurückfordern, und außerdem ein Drittheil des Taxationswerths derselben der Frau herauszugeben haben solle. Für den Fall des Ehebruchs wurde verfügt, daß die schuldige Ehefrau ihren ganzen Brautschatz, und ein Drittheil des Taxationswerths der dos überdies verlieren, und beides, wenn Kinder vorhanden, dem Ehemann zum Nießbrauch, sonst aber zum Eigenthum, zufallen solle. Beging der Mann den Ehebruch, so sollte er die donatio propter nuptias einbüßen, und außerdem der Frau das gedachte Drittheil des Taxationswerths aus seinem Vermögen herausgeben.

Aber noch in demselben Jahre hob der Kaiser in der Novelle CXXXIV, die Strafe der Privation der dos wiederum auf, indem er verordnete: der des Ehebruchs schuldige Mann sollte mit dem Schwerdte gestraft werden, und die Frau die donatio propter nuptias, und falls sie indotata sey, ein Viertheil des Vermögens des Ehemanns erhalten. Dagegen sollte die des Ehebruchs schuldige Frau in ein Kloster gesteckt werden. Würde sie der Mann aus demselben binnen zwei Jahren nicht zurücknehmen, so solle das ganze Vermögen derselben, also auch ihre dos, zu $\frac{2}{3}$ an die Kinder, und wenn keine Kinder vorhanden, zu $\frac{1}{3}$ an ihre Adscendenten, der Ueberrest aber, oder wenn jene Kinder und Adscendenten nicht vorhanden, das Ganze an das Kloster fallen. Solchergestalt erhielt der Mann die dos nie.

Kaiser Leo änderte diese Verfügung wieder in der Novelle XXXII. ab; er sprach dem unschuldigen Ehemanne die dos von neuem zu, und verordnete außerdem, daß der Ehebrecherin die Nase abgeschnitten, und sie in ein Kloster verstoßen werden solle.

Das Canonische Recht führte dagegen in dem cap. 4. X. (IV. 20.) de donationib. inter virum et uxorem,

den Satz des ältern Rechts wieder ein, zufolge welchem die schuldige Ehefrau die dos und alle lucra nuptialia zum Besten des Mannes, der schuldige Ehemann aber die donatio propter nuptias zum Besten der Frau verlieren solle. Sollte dergleichen aber in dem einen oder dem andern Falle nicht vorhanden seyn, so solle der unschuldige Ehegatte ein Viertheil des Vermögens des schuldigen erhalten.

Bei diesen schwankenden Bestimmungen ist es nun nicht zu verwundern, daß auch die Praxis bei Anwendung dieser Strafen stets höchst schwankend gewesen ist.

Zuerst sind die Klagen des unschuldigen Ehegatten, auf die Herausgabe des Viertheils aus dem Vermögen des Schuldigen für den Fall, wenn derselbe keine dos eingebracht hatte, oder keine donatio propter nuptias bestellt war, nie recht üblich geworden, und man weiß fast kein Beispiel anzugeben, daß dergleichen Klagen gerichtlich verfolgt wären. [2])

Dann aber ist die Praxis, wenn sie gleich in so fern für einförmig gehalten werden kann, daß die eines Ehebruchs schuldige Ehefrau, die dos und die lucra nuptialia verliere, und die erstere dem Manne zufalle, nie darüber einig gewesen, ob diese Privationsstrafe auch dann eintrete, wenn die Ehe durch die Schuld der Ehefrau, aus einem andern Grunde, als dem des Ehebruchs getrennt wird.

Endlich auch ist sie in Hinsicht der Privationsstrafe, welche den schuldigen Ehemann treffen, stets sehr schwankend gewesen. Unstreitig ist es zwar befunden, daß, wenn die Ehe wegen Ehebruchs getrennt wird, derselbe die dos und sonstigen lucra nuptialia und die unschuldige Ehefrau herausgeben muß.

2) Pufendorf Obs. jur. rom. T. IV. nro. 240.

Wie aber sollte es für den Fall gehalten werden, wenn ihm die Ehefrau keine dos zugebracht hatte?

Nach germanischem Rechte fand keine donatio propter nuptias statt, weil die wesentliche Voraussetzung derselben, eine dos, von Seiten der Frau fehlte; denn Tacitus[3]) sagt: dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert; und dieses bezieht man mit Recht auf das ganz eigenthümliche Institut der sogenannten Morgengabe. Mit der römischen dos kann zwar auch die römische donatio propter nuptias nach Deutschland, so wie man denn bisweilen Urkunden z. B. von 1109 und 1299 findet, in welchen eine römische dos und zugleich eine donatio propter nuptias unter dem Namen contrados, antidos u. s. w. bestellt wird, indessen ist eine solche donatio propter nuptias nie recht üblich geworden, da man bald anfing, statt derselben, vertragsmäßig einen Gegenstand auszuloben, welcher der Witwe auf Lebenszeit zum Nießbrauch zugewiesen wurde, und bald dotalitium, vidualitium, bald doarium, duarium genannt wurde.[4])

Solchergestalt ereignete es sich sehr häufig, daß die unschuldige Ehefrau, da sie keinen oder wenigstens keinen hinlänglichen Brautschatz, um nach der Trennung der Ehe davon leben zu können, eingebracht hatte, da ferner ihr keine donatio propter nuptias oder Morgengabe zugebilligt war, an der sie sich hätte erholen können, und da endlich die Klagen auf ein Viertheil des Vermögens des schuldigen Ehegatten, nie in Gang gekommen waren, durch die Trennung der Ehe in die hülfloseste Lage versetzt werden mußte; indem ihr kein Ausweg übrig blieb, als entweder nie auf Scheidung zu klagen, und die Untreue ihres Ehemanns

3) German. cap. 18.

4) Vergl. G. Koch (praes. Einert) de donationibus propter nuptias. Lips. 1818. 4. Cap. II.

manns lebenslänglich ohne Murren zu ertragen, oder sich der bittersten Armuth Preis zu geben.

Um diesem Uebelstande abzuhelfen, nahm daher gemeiniglich die Praxis an, daß die unschuldige Ehefrau befugt sey, von ihrem des Ehebruchs wegen, geschiedenen Manne, auch nach der Trennung des Ehebandes, und bis zu etwaiger Eingehung einer zweiten Ehe von ihrer Seite, so wie in deren Ermangelung, lebenslänglich, standesmäßige Alimente aus dessen Vermögen zu verlangen, insofern sie demselben keinen Brautschatz eingebracht habe, oder die Früchte des eingebrachten Brautschatzes, zu jener standesmäßigen Alimentation nicht hinreichen würden.[5])

Man gründete diesen Satz auf das allgemeine Princip, daß Niemand durch die Schuld eines Andern, ohne Schadensersatz zu erhalten, der Vortheile beraubt werden dürfe, welche er aus einem mit demselben eingegangenen Rechtsverhältnisse erworben habe. Durante matrimonio, heißt es bei v. Pufendorf, dubitari non potest, conjuges sibi invicem alimenta debere. Sed dicendum quoque est, inopi post mortem defuncti deberi. Sin autem matrimonium culpa alterius dissolvatur, is, penes quem culpa residet, recte non petet; omnino conjux insons. Neque enim commodis suis et beneficiis culpa alterius privari potest.[6]) Man ging sogar noch weiter, und brachte diesen Grundsatz auch für die Fälle in Anwen-

5) Carpzov. Iurisprud. consistor. L. II. def. 214. Wiese Handb. des Kirchenrechts Th. III. Abth. I. S. 426. Albrecht Rechtsfälle. Bd. II. nro. 45.

6) Pufendorf Obs. jur. Rom. T. IV. obs. 146. §. 6.

dung, wo die Ehe aus andern Gründen, als wegen Ehebruchs getrennt wurde.[7])

Daß dieser Praxis aus dem Grunde, weil die donatio propter nuptias in Teutschland nicht gewöhnlich geworden ist, und die römischen Bestimmungen auf die hiesigen Verhältnisse nicht passen, eine von selbst einleuchtende Billigkeit zur Seite steht, läßt sich nicht verkennen, und so hat sich dieselbe auch das Consistorium zu Hannover zu eigen gemacht.

Aber auch das Oberappellationsgericht hat dieselbe, wenigstens für den Fall, wo die Ehe wegen Ehebruchs getrennt wurde, gebilligt, und ein Erkenntniß des Consistorii, in Sachen der Ehefrau des N. W. gegen ihren Ehemann, vom 13. Sept. 1825, worin dem letztern aufgegeben war, der ersteren auch nach der Trennung der Ehe, standesmäßige Alimente zu geben, der dagegen eingewandten Appellation ohngeachtet, bestätigt.

7) Schlegel Hannov. Kirchenr. Th. III. S. 387. v. Ramdohr jurist. Erfahrungen Th. I. S. 512.

V. Erörterung.

Kann der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klaggrundes unter mehreren angetreten, und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden, für ihn vortheilhaften Thatsachen, Gebrauch machen, um durch dieselben, einen der übrigen Klaggründe, deren Beweis er nicht antrat, darzuthun?

Die verwittwete C. verstarb mit Hinterlassung dreier Nichten, welche in Ermangelung eines Testaments als nächste Intestaterbinnen derselben zu betrachten gewesen seyn würden; namentlich der S., der H. und der W. Unter ihrem Nachlasse befand sich aber ein solennes Privattestament, in welchem sie mit Uebergehung der S. und H., die W. zur alleinigen Erbin eingesetzt hatte.

Die H. focht dieses Testament, mittelst einer gegen die W. angestellten Klage aus folgenden Gründen an:

1. weil die angebliche Unterschrift der Erblasserin nicht von ihr herrühren könne, da solche nicht von einer Weiberhand, sondern von einer festen Mannshand gezeichnet sey;
2. weil aus dem Testamente nicht ersichtlich sey, wie die Zeugen in conspectu testatoris, habiles und specialiter rogati gewesen, oder, wie unitas actus gewahrt sey.

Nach verhandelten Wechselschriften wurde jedoch erkannt: "daß das Testament als ein testamentum sine vitio

visibili anzunehmen, und Klägerin mit ihren Ansprüchen abzuweisen; sie könnte denn binnen einer Präjudicialfrist von sechs Wochen erweisen, daß das in Frage seyende Testament mit dem einen oder dem andern der gerügten nicht sichtbaren Mängel in den Erfordernissen eines gültigen Testaments, behaftet sey."

Die Klägerin trat diesen Beweis binnen der vorgeschriebenen Frist, jedoch nur in Rücksicht des ersten Klaggrundes, nämlich der behaupteten Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin an, und zwar durch Schreibverständige, überging die letztern aber mit Stillschweigen. Die Beklagte acceptirte dagegen, erstlich, daß über die übrigen früher gerügten angeblichen Mängel kein Beweis angetreten sey; trat aber auch, zweitens den Gegenbeweis über den erstgedachten Punct durch die bei der Anfertigung des Testaments zugegen gewesenen Testamentszeugen an.

Solchergestalt gingen nun die weitern Verhandlungen über die Führung des Beweises und des Gegenbeweises vor sich; und während derselben war die Beweisantretungsfrist, vor Einreichung der klägerischen Deductionsschrift mehrals dreifach verstrichen.

Die Beweisführung der Klägerin verunglückte durchaus, indem nicht allein die Schreibverständigen, ihrer Intention zuwider, begutachteten, daß die unter dem Testamente befindliche Unterschrift der Erblasserin allerdings von einer Weiberhand herrühre, und nicht durch eine Mannshand gezeichnet sey; sondern auch durch die Gegenbeweiszeugen dargethan wurde, daß die Erblasserin das Testament in ihrer Gegenwart eigenhändig unterschrieben habe. Dagegen ergab sich aber aus den beiläufigen Aussagen dieser Gegenbeweiszeugen, daß die unitas actus bei der Verfertigung des Testaments keineswegs beobachtet worden sey.

In der Deductionsschrift erkannte daher die Klägerin zwar an, daß sie den von ihr angetretenen Beweis nicht

geführt habe; sie deducirte indessen dagegen aus dem Gegenbeweiszeugenortel, daß die unitas actus bei Verfertigung des Testaments nicht gewahrt sey, und suchte deshalb um Annullirung des Testaments und um Eröffnung der Intestaterbfolge für ihre Person, nach.

So kam es daher bei der Entscheidung dieses Processes lediglich auf die Frage an: ob die Klägerin berechtigt seyn konnte, nachdem sie in ihrer Beweisführung in Hinsicht des Klaggrunds, über welchen sie den Beweis angetreten hatte, unterlag, nunmehr die aus dem Gegenbeweiszeugenrotel in Hinsicht eines andern zwar von ihr angegebenen Klaggrunds, über welchen sie aber den Beweis weder angetreten, noch geführt hatte, ihr vortheilhafte Thatumstände zu entnehmen, und hierdurch dessenungeachtet ihre Klage zu begründen?

Eine Frage, die allerdings auf den ersten Anblick, nicht ohne allen Zweifel zu seyn scheint, da bei derselben die beiden bekannten Axiome: Actore non probante reus absolvitur, [1]) und: Testes et documenta per productionem fiunt communia, [2]) collidiren.

Nach dem ersten nämlich ist es so klar, und nicht allein in der ganzen Proceßtheorie und deren Natur begründet, sondern auch durch die, dem in Anspruch Genommenen gesetzlich zugestandene Begünstigung ausgemacht, daß der Beklagte jedesmal von dem Anspruche des Gegners entbunden werden muß, wenn dieser Anspruch nicht erwiesen wird; so daß es sogar in diesem Falle nicht darauf ankommen kann, ob der Beklagte einen Gegenbeweis geführt hat, oder nicht, und ob dieser Gegenbeweis etwa günstig oder ungünstig für ihn ausgefallen ist.

Nach dem letztern aber ist es eben so wahr, daß der

1) Gönner Handb. B. II. nro. XXXVII. §. 17.

2) Ebendas. nro. XXXIX §. 8.

Gegner des Beweisführers aus den ihm vortheilhaften Aeußerungen der Zeugen eben so bündig gegen den Anspruch des Beweisführers argumentiren kann, als der Beweisführer aus den Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen für seinen Anspruch; und gegen die Behauptungen, durch welche sein Gegner diesen Ausspruch zu zernichten sucht. Und so scheint dieses letztere Axiom dem Producten dasjenige wiederum zu nehmen, was ihm das erstere zugestanden hat.

Giebt man jedoch die Richtigkeit des Axioms: Testes et documenta per productionem fiunt communia, in seinem vollem Umfange zu, so kann man dessenungeachtet die Anwendbarkeit desselben nicht für den Fall annehmen, wenn der Producent den von ihm angetretenen Beweis gar nicht geführt, und seinen Anspruch an den Producten und Reproducenten ganz und gar nicht erwiesen hat; und am allerwenigsten, wenn der Producent, wie im obigen Falle nur in Hinsicht eines Klagpuncts den Beweis zwar angetreten, aber nicht geführt, in Hinsicht der übrigen ihn aber nicht einmal angetreten und noch weniger geführt hat.

Dieses bedarf einiger Erläuterung.

Hat der Kläger den Beweis seines Klaggrundes im Ganzen angetreten, und denselben, wiewohl unvollständig geführt, so kann er sich allerdings der ihm vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, falls durch deren Aussagen der geführte Beweis nicht vollkommen elidirt worden ist, bedienen, um seinen unvollständigen Beweis dadurch zu ergänzen und zu vervollständigen. Und zwar dieses in Gemäßheit jenes Axioms: Testes et documenta per productionem fiunt communia. Hat er dagegen den Beweis zwar angetreten, aber ganz und gar nichts erwiesen, sey es, weil er unzulässige Beweismittel zur Hand nahm, oder, weil dieselben irrelevant und nicht beweisfähig waren, oder, weil seine Zeugen ganz

und gar nichts für seine Intention Sprechendes aussagten, so ist er nicht befugt, von den vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen Etwas für sich anzuziehen, weil dann das Axiom wider ihn eintritt: Actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprobaverit.

Lassen sich diese Sätze nicht füglich bezweifeln, so muß dieses um so mehr der Fall seyn, wenn der Kläger zur Begründung seiner Klage mehrere Puncte aufstellte, den ihm auferlegten Beweis aber nur in Hinsicht eines einzelnen antrat, und gerade in dem Beweise dieses einzelnen Puncts unterlag. Am wenigsten kann er in diesem Falle berechtigt seyn, aus dem Gegenbeweiszeugenrotel diejenigen Stellen für sich auszuheben, welche ihm vortheilhaft scheinen, um Klagpuncte begründen zu können, die er zwar früher in seiner Klage vorgetragen, in deren Hinsicht er aber auch nicht einmal den ihm auferlegten Beweis mit angetreten hat. Denn schon nach allgemeinen Grundsätzen ist jeder abgeläugnete Anspruch, insofern er nicht dennoch erwiesen wird, als rechtlich nicht vorhanden, zu betrachten; und so folgt hieraus, daß, wenn ein Kläger seinen Anspruch durch mehrere Gründe unterstützt hat, und er nur in Hinsicht *einzelner* derselben den Beweis antritt, er hierdurch zu erkennen giebt, daß er die *übrigen* nicht erweisen könne, und sich der Durchführung derselben, *stillschweigend* *begebe*.

Daß durch eine solche Renunciation für den Gegner sofort das Recht erworben werde, daß der Kläger auf jene aufgegebenen Klaggründe im Verlaufe des Verfahrens nicht wieder zurückkommen dürfe, und daß es zur Erwerbung jenes Rechts nicht einmal einer besondern Acceptation dieser stillschweigenden Renunciation bedürfen könne, liegt wiederum in dem ganzen Zwecke des processualischen Verfahrens, wodurch Rechtsstreitigkeiten nicht verewigt sondern möglichst schnell beseitigt werden sollen, so wie in der

trefflichen Vorschrift des gemeinen Processes, nach welcher verschiedene Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche zu einem Ziele führen können, und einer Parthei zustehen, auf einmal vorgebracht werden müssen, und nicht successiv vorgetragen werden dürfen, [3]) und daß, wenn sie einmal vorgebracht, und nachmals einzelne wieder aufgegeben sind, diese in demselben Rechtsstreite nicht wieder zur Hand genommen werden können. Ganz vorzüglich tritt diese Vorschrift dann ein, wenn eine Klage auf mehrere Gründe gestützt ist, und dem Kläger aufgegeben wird, sein Klagfundament zu erweisen; er ist dann verpflichtet, alle jene Gründe zu erweisen, und begiebt er sich dieser Verpflichtung in Hinsicht einzelner, so kann und darf er mit dem Beweise derselben dann nicht mehr zugelassen werden, wenn er mit dem Beweise der frühern nicht durchgekommen war. Höchstens mag es ihm freistehen, demnächst und nach Beendigung dieses Verfahrens, eine neue Klage aus jenen, in diesem Verfahren aufgegebenen Klaggründen anzustellen.

Die aufgeworfene Frage ist bis jetzt ohne Rücksicht auf die peremtorische Kraft des Beweistermines, da eine solche bekanntlich den gemeinen Rechten nach an und für sich nicht zu behaupten ist [4]), verneinend beantwortet; noch mehr muß aber solches für den Fall geschehen, wo, wie in den hiesigen Landen, die Provincialgesetzgebung die Lücke des gemeinen Rechts ausgefüllt, und den Beweistermin als einen ipso iure peremtorischen festgesetzt hat. Denn dann ist es gar nicht abzusehen, wie der Beweisführer, wenn er nur über einzelne Puncte den Beweis angetreten hat, und

3) Martin Proceß. §. 101. (Ausg. X.) Mittermaier Gem. Deutsch. Proceß. H. I. S. 98.

4) Gönner a. a. O. nro. XXXVII. §. 29. Martin a. a. O. §. 188.

und in diesem Beweise unterliegt, nach dem Ablaufe des Termins zur Beweisantretung, andere Puncte, in deren Betreff er den Beweis nicht angetreten hat, als durch die vortheilhaften Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen, erwiesen, für sich anziehen könnte. Ist der Beweistermin durch besondere Landesgesetze an und für sich für peremtorisch erklärt, so tritt in Hinsicht aller Puncte, über welche der Beweis nicht angetreten ist, nach Ablauf des Beweistermins eine stillschweigende Renunciation und Präclusion ein; und es bedarf hiezu weder einer förmlichen Acceptation von Seiten des Producten, noch einer Ungehorsamsbeschuldigung, noch eines förmlichen Präclusivbescheides, damit die Folgen der Vernachlässigung der Beweisfrist statt finden könnten, denn der Beweistermin ist schon, kraft des Gesetzes, zerstörlich [5]).

Nach diesen Grundsätzen erkannte daher die Justizcanzlei zu Celle in der obigen Rechtssache, im Jahre 1821. "Demnach es nun in dem vorliegendem Falle lediglich und allein darauf ankömmt, in wie fern die Producentin diejenigen angeblichen Mängel, in deren Hinsicht sie den Beweis wirklich angetreten, durch die Führung desselben dargethan hat, auf alle die übrigen aber, die sie früher gerügt hat, da sie den Beweis in Hinsicht dieser überall nicht speciell angetreten, und nicht für befugt zu achten ist, in deren Betreff, einige ihrer Intention vortheilhaft scheinenden Aeußerungen der Gegenbeweiszeugen für sich anzuziehen, keine rechtliche Rücksicht genommen werden kann;

und nun der von der Producentin zur Hand genommene Beweis der Unächtheit der Unterschrift der Erblasserin, nicht allein ganz und gar für verfehlt zu achten, sondern auch durch den Gegenbeweis elidirt worden ist; so

5) Gönner a. a. O. nro. XXXVII. §. 30.

wird nunmehr Klägerin und Producentin mit ihren an den Nachlaß der C. gemachten Ansprüchen abgewiesen".

VI. Erörterung.

Ueber die Befugniß des Producenten, andere Beweismittel in die Stelle verlorengegangener zu setzen.

Die Frage: in wie fern es dem Beweisführer gestattet sey, an die Stelle verloren gegangener Beweismittel andere zu setzen? ist durch allgemeine Proceßgesetze gar nicht, von den Proceßrechtslehrern aber nur einigermaßen berührt. Letztere beziehen diese Frage und deren Entscheidung nur auf den Zeugen- höchstens auch auf den Urkundenbeweis, und streiten vorzüglich darüber: ob der Beweisführer die Stelle Eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, nur durch Einen später benannten Zeugen oder eine später zum Vorschein gebrachte Urkunde, oder die Stelle Eines verlorenen Zeugen oder Einer Urkunde, durch zwei oder mehrere Zeugen oder Urkunden ersetzen dürfe?

Die neuere Praxis richtet sich gewiß mit Recht nach der Ansicht derjenigen Rechtslehrer,[1]) welche behaupten, daß an die Stelle verlorener Zeugen, andere, ohne

1) Leyser sq. 259. med. 4. Knorre Anleit. zum gerichtl. Proceß. Hauptst. ii. §. 13. Vorzüglich Gönner Handbuch des gemeinen deutschen Processes. Th. II. nro. XXXIX. §. 7. Linde Lehrbuch des Civilprocesses. §. 245. Anm. 9. (Ausg. II.)

an die vorige Zahl gebunden zu seyn, benannt werden können, weil es gar oft eintreten kann, daß kaum zwei oder drei andere Zeugen eine so genaue Kenntniß von der Thatsache, welche bewiesen werden soll, haben, als der verlorne Zeuge hatte, oder, daß man nach dem Verluste eines zum directen Beweise geeigneten Zeugen, zu einem indirecten Beweise seine Zuflucht nehmen muß. Eben deshalb können nach jener Praxis auch neue Artikel übergeben werden[2]), weil diese nach der Wissenschaft jedes einzelnen Zeugen vom Streitgegenstande eingerichtet werden müssen. Unbestritten ist diese Praxis in den hiesigen Landen, indem die Oberappellationsgerichtsordnung[3]) diese Bestimmung derselben genehmigt, und gesetzlich folgendes verfügt hat: "Stürben aber vor oder unter währendem Examine ein oder mehrere Zeugen, soll derselbe (der Producent) anstatt der verstorbenen Zeugen, andere anzugeben wohl befugt seyn, zumal, wenn aus den Artikeln und dem Directorio soviel zu ersehen, daß der Beweisführer seine Intention durch die übrigen noch lebenden Zeugen nicht erhärten möchte."

Daß dieselben Grundsätze auch dann ihre Anwendung finden müssen, wenn an die Stelle Einer verlorenen Urkunde, andere Urkunden gesetzt werden sollen, mithin die letztern gleichfalls, ohne an die vorige Zahl gebunden zu seyn, beigebracht werden können, kann keinem Zweifel unterliegen, da bei ihnen derselbe Grund vorwaltet, welcher es erheischt, daß an die Stelle eines verlorenen Zeugen, mehrere producirt werden können.

2) Hommel Rhapsod. obs. 512. Wernsdorf D. de novis testibus super novis etiam articulis probationalibus examinandis. Viteb. 1791. 4.

3) P. II. tit. 8. Sect. I. §. 15.

Eine andere nur von v. Gönner,[4]) nicht aber von den früheren, mir zugänglich gewesenen Proceßrechtslehren, berührte Frage ist aber die: ob der Beweisführer das Recht habe, den verlorenen Beweismitteln einer besondern Gattung, Beweismittel anderer Gattung zu substituiren, namentlich z. B. in die Stelle verlorener Zeugen, Urkunden, oder in die Stelle verlorener Urkunden, Zeugen vorzuschlagen?

v. Gönner bejaht diese Frage, und bemerkt in dieser Hinsicht folgendes: "Mir scheint, daß hier noch eine Stufe höher geschritten werden müsse. Der Grund, den Beweisführer gegen einen unverschuldeten Schaden in Schutz zu nehmen, wirkt mit nothwendiger Allgemeinheit dahin, daß, weil sein im Verlauf des Beweistermines enthaltener Verzicht auf den Zufall sich nicht erstreckt, der Beweisführer bei der als Surrogat erlaubten Ergänzung seiner Beweisantretung auch an eine bestimmte Art von Beweismitteln nicht gebunden sey, und an die Stelle verlorener Urkunden Zeugen, oder an die Stelle eines verlorenen Zeugen, Urkunden substituiren dürfe; eben so gut als er befugt ist, einem verlorenen Zeugen mehrere neue Zeugen und neue

4) a. a. O. S. 513. — Auf Gönner's Autorität stützt sich auch Gensler in seinem Commentar zu Martin §. 170 — 74. a. E. indem er sagt: "In allen diesen Fällen kann der Producent an die Stelle des wegfallenden Beweismittels ein anderes oder auch mehrere andere, Beweismittel setzen, der nämlichen, oder einer andern Art, z. B. an die Stelle des verstorbenen Zeugen andere Zeugen, oder Urkunden, oder Eidesdelation, an deren Stelle Zeugen, Urkunden u. s. w., an deren Stelle Zeugen, andere Urkunden, Eidesantrag u. s. w. Kurz das Wahlrecht des Beweisführers lebt wieder auf, unbeschränkt in Rücksicht auf die Thatsache, zu welcher das verlorene Beweismittel ernannt war".

Artikel zu substituiren, oder jedes beliebige Beweismittel zu wählen, wenn die Eidesdelation durch den frühern Tod des Acceptanten vereitelt wurde."

Auch hat derselbe kein Bedenken getragen, den von ihm verfaßten Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren, [5]) folgende Bestimmung einzuschalten: "Zu dem angetretenen Beweise kann der Beweis- oder Gegenbeweisführer keine Zusätze oder Nachträge machen, ausgenommen — — —, wenn ihm ein bei der Antretung vorgebrachtes Beweismittel zufällig verloren geht, welchenfalls derselbe andere Beweismittel ohne Rücksicht auf die Art und Zahl der verlorenen, und, nach Umständen, auch neue Artikel, jedoch nur, soweit der bisherige Streit dadurch nicht wesentlich verändert wird, beibringen, aber auch der Gegentheil nicht nur darüber seine Einreden und die Fragstücke zu den Artikeln, sondern auch, wenn Veränderungen am Beweise vorgehen, neue Gegenbeweise vorbringen darf."

In der That stimmt aber v. Gönners Ansicht mit den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen über den Beweis, und mit der natürlichen Billigkeit so vollkommen überein, daß gegen deren Richtigkeit und Zulässigkeit kein gegründeter Zweifel obwalten mag.

Soll nämlich die Zulässigkeit eines Beweismittels beurtheilt werden, so ist leitender, von den Proceßgesetzen sowohl, als von allen Proceßrechtslehrern anerkannte Grundsatz, daß die Beweisführung möglichst zu erleichtern und nie zu erschweren sey, voraus gesetzt, daß hierdurch nicht wohlerworbene Rechte des Gegners gekränkt werden. Schon das Brocardicum über den favor probationis hat diesen Grundsatz schon seit dem grauesten Alterthume ausgesprochen. Ein zufälliger Ver-

5) Buch. II. Cap. III. § 8. (Th. I. S. 155.)

lust eines Beweismittels — denn nur von diesem *zufälligen* Verluste kann bei der aufgeworfenen Frage die Rede seyn — erwirbt aber nie Rechte für den Gegner, wohl aber, setzt er, möglicher, ja wahrscheinlicher Weise, den Beweisführer in großen Nachtheil, da es sich denken läßt, daß das von ihm verfolgte oder vertheidigte Recht, gerade an *das* Beweismittel vorzugsweise geknüpft ist, welches ihm, ohne seine Schuld, verloren ging. Er verdient daher alle mögliche Hülfe und Erleichterung in seinem Bestreben, diesen Verlust durch die Herbeischaffnug anderer Beweismittel zu ersetzen, und jede Beschränkung seiner Befugniß hiezu, erscheint um so unbilliger, als es wahrhaft ungerecht seyn würde, daß durch eine solche Beschränkung der Gegner in den Stand gesetzt werden würde, aus jenem unverschuldeten Verluste Vortheil zu ziehn, und sich durch den Schaden des Beweisführers zu bereichern.

Folgt nun aus diesem Grundsatze, daß der Richter *verpflichtet* sey, in einem solchen Falle es dem Beweisführer zu gestatten, in die Stelle verlorener Beweismittel einer Gattung, Beweismittel nicht allein *derselben*, sondern auch *verschiedener* Gattung zu setzen, und sich derselben als Surrogat der verlorenen zu bedienen; so ist auf der andern Seite der Richter hiezu auch um so mehr *berechtigt*, als gleichfalls, nach allgemein bekannten Grundsätzen, der Beweis nicht sowohl dem Gegner, als vorzugsweise vielmehr dem Richter[6]) geführt wird (probatio fit judici), und er daher dem Beweisführer durch dazu geeignete Auflagen anhalten kann, dasjenige noch beizubringen, welches ihm, als Richter, zweckmäßig und nothwendig scheint.

Verwandt mit der aufgeworfenen Frage ist nun auch

6) Linde a. a. O. §. 234.

noch die: ob es in diesem Falle dem Beweisführer gestattet werden könne, in die Stelle der verlorenen Beweismittel andere Beweismittel verschiedener Gattung zu cumuliren? z. B. statt des verlorenen Zeugen, Urkunden und Zeugen, statt der verlorenen Urkunde, Zeugen und Urkunden u. s. w. vorzubringen.

Auch diese Frage wird nach den oben aufgestellten Grundsätzen nur bejaht werden können, da dieselben auf diesen Fall gleichfalls zutreffend sind. Ist es gleich Regel, daß der Beweisführer den Beweis nur mit den Beweismitteln führen darf, mit welchen er ihn angetreten hat, und daß er solche nicht verändern kann, so findet dennoch diese Regel in dem obenausgehobenen Falle nicht statt, indem durch jene Cumulation nicht der angetretene Beweis wirklich verändert, sondern durch dieselbe nur ein Surrogat für ein verlorenes Beweismittel des angetretenen Beweises hervorgebracht werden soll. v. Gönner's Grund, daß der Verzicht, welcher in der Antretung des Beweises durch das einmal gewählte Beweismittel liegt, und daher die Production anderer, als der einmal gewählten, ausschließt, auf den unvorhergesehenen Zufall des Verlusts eines der gewählten Beweismittel sich nicht erstrecken könne, findet auch hier seine volle Anwendung.

Gestützt auf obige Grundsätze, hat daher auch das Oberappellationsgericht in causa L*** contra G. W***, am 3. Mai 1824, den Producenten, welcher einem verstorbenen Zeugen, einen neuen Zeugen- und Urkundenbeweis substituiren wollte, mit seinen hierauf gerichteten Anträgen, zugelassen.

VII. Erörterung.

Das Anastasianische Gesetz findet auf solche Schuldscheine keine Anwendung, welche auf jeden Inhaber (au porteur) lauten.

Nach älterem römischen Rechte bedurfte es zur Uebertragung einer Schuldforderung auf eine dritte Person, immer einer Cession derselben und der aus ihr entspringenden Klagrechte des alten Gläubigers auf den neuen, damit dieser, vermittelst der actio mandati, als Procurator des erstern, die Forderung gegen den Schuldner einklagen konnte.[1]) Das neueste römische Recht verstattete dagegen dem neuen Gläubiger, auch, ohne daß eine solche Cession eingetreten war, die Forderung in eigenem Namen, mittelst einer actio mandati utilis einzuklagen, wobei es sich dann von selbst verstand, daß er sein Eigenthum an jener Forderung, falls es von dem Schuldner bestritten wurde, nachweisen, d. h. sich ad causam legitimiren mußte.[2])

Um zu verhüten, daß auf fremde Schulden speculirt, und der Schuldner dadurch gedrückt werde, verordnete ferner

1) Donelli Commentar. Lib. XV. cap. 44. Höpfner Institutionencommentar. §. 992. Not. 2. Schweppe röm. Privatrecht. §. 571. u. 400. (Ausg. III.)

2) Fr. 16. D. II. 14. de pactis. c. 1. C. IV. 10. de oblig. et act. c. 18. C. VI. 37. de legatis; c. 5. C. IV. 39. de hered. vend. c. 33. C. VIII. 54. de donat. Schweppe Rechtsgesch. §. 223. dessen röm. Privatr. a. a. O.

ferner der Kaiser Anastasius [3]), daß derjenige, welcher eine Schuldforderung titulo oneroso erworben habe, von dem Schuldner nicht Mehr solle einklagen können, als dasjenige, was er für die Forderung gezahlt habe, und die davon erlaubter Weise zu berechnenden Zinsen betragen würden. Der übrige Theil der Forderung solle aber zum Besten des Schuldners erlöschen, und dieser letztere daher das Recht haben, von dem Kläger den Beweis der vollen Zahlung zu verlangen. [4])

3) c. 22. C. IV. 35. mandati; bestätigt von Justinian in der c. 23. eod.

4) Ob der Kläger oder Cessionar diesen Beweis, oder ob vielmehr der Beklagte oder Schuldner den Beweis zu führen schuldig sey, daß der Kläger dem Cedenten weniger als den vollen Betrag gezahlt habe, ist bestritten. Richtiger scheint es, anzunehmen, daß der Kläger den vollen Betrag zu beweisen habe, da die c. 23. §. 2. cit. ausdrücklich sagt: Sed et si quis donationem quidem omnis debiti facere adsimulaverit, ut videatur tota esse donatio, aliquid autem occulte susceperit: et in hoc casu tantummodo exactionem sortiri ejus quod datum esse comprobetur, et si hoc a debitore persolvatur, nulla contra eum vel substantiam ejus ex dissimulata donatione oriatur molestia; und so wird auch diese Ansicht von Brunnemann ad c. 22. nro. 1. Sande de actionum cessione. Cap. XI. nro. 12. Lauterbach Colleg. theor. pract. XVIII. 4. §. 72. Mueller ad Struv. Ex. 23. th. 8. lit. ξ Pestel de lege Anastas. §. 16. 42. 47. 50. 53. 56. 60. Fratr. Becmannorum Consil. T. I. resp. 9. n. 28. Strube rechtl. Bedenken. Th. IV. nro. 190. (meiner Ausgabe nro. 351.) Glück Pandecten. §. 1024. Thibaut Pandectenr. §. 80. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. IV. nro. 40. Schweppe röm. Privatr. §. 402. u. a. getheilt. Dagegen legen dem Beklagten den Beweis auf: Mevius P. VII. dec. 444. Lenz de nominib. cessis. Cap. XXV. membr. 4. nro. 28. 29. Weber

Es frägt sich nun, ob diese Bestimmungen in ihrem vollen Umfange auch auf solche Schuldscheine anzuwenden sind, welche auf den bloßen Inhaber (au porteur) lauten, und ob namentlich der Schuldner von dem Inhaber die Nachweisung seiner Legitimation zur Sache verlangen, und demselben zugleich auch die Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze, entgegenstellen könne?

Beides dürfte jedoch zu verneinen seyn.

I. Der Schuldner kann die Nachweisung der Legitimation zur Sache von dem Inhaber schon aus dem Grunde nicht verlangen, weil er auf jene ihm bei Namensschuldscheinen ihm gesetzlich zustehende Befugniß, durch die Art der Ausstellung des Schuldscheins zum Voraus verzichtet hat.

Dadurch nämlich, daß der Schuldner den Schuldschein nicht auf einen darin benannten Gläubiger, sondern unbestimmt auf jeden Inhaber desselben ausstellt, erklärt derselbe, daß er denjenigen, der ihm den Schuld-

von der Beweisführung. VI. nro. 29. u. a., und ist deren Meinung in den hiesigen Landen gesetzlich gebilligt, indem in der Verordnung vom 24 Mai. 1822. §. 6. ausdrücklich festgesetzt ist: "Die nicht minder von den Gerichtshöfen auf verschiedene Weise beantwortete Frage: ob dem Cessionar oder dem Schuldner bei der opponirten Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze der Beweis obliege? wollen wir dahin entscheiden, daß, da der Verkauf einer Forderung in der Regel nur gegen Bezahlung ihres Werths zu geschehen pflegt, dem Cessionar also die Vermuthung in dieser Hinsicht zur Seite steht, überdem die auf das Anastasianische Gesetz gegründete Ausflucht des Schuldners keine Begünstigung zum Nachtheile des Gläubigers verdient, jedesmal der Schuldner, welcher behauptet, daß der Cessionar seinem Cedenten weniger bezahlt habe, als ihm abgetreten worden ist, den Beweis dieser seiner Behauptung, und namentlich des Betrages des weniger Gezahlten zu führen, schuldig seyn soll".

schein zum Einlösen vorzeigen werde, als seinen wahren Gläubiger betrachten, und an diesen die Schuld zurückzahlen wolle; er giebt durch die solcher Gestalt geschehene Ausstellung des Schuldscheins auf das Deutlichste zu erkennen, daß er jeden, der den Schuldschein besitze, als dessen rechtmäßigen Eigenthümer betrachten, mithin dem Besitzer, gleichviel, wer es sey, Zahlung leisten wolle.[5]) Würde es dem Schuldner daher einfallen, die Legitimation des Inhabers zu verlangen, so würde dieser ihm mit Recht entgegensetzen können, daß er zur Empfangnahme der Zahlung vollkommen legitimirt sey, weil er Inhaber des Schuldscheins sey, und weil, da der Schuldner denselben selbst auf jeden Inhaber aufgestellt habe, er auf jede Befugniß, eine weitere Legitimation zu verlangen, verzichtet habe.

Deshalb braucht auch derjenige, welcher einen solchen Schuldschein, der auf jeden Inhaber ausgestellt ist, an

5) Vergl. Pufendorf T. IV. obs. 218. Hofacker princip. jur. civ. T. III. §. 1956. Glück Pandecten. §. 1022. Not. * Kind Quaest. forens. T. III. cap. 40. (erste Ausgabe) Kees quatenus sola chirographi possessione actor ad causam legitimetur? Jen. 1803. Pfeiffer pract. Ausführungen. Th. I. S. 44. Bender über den Verkehr mit Staatspapieren, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. VIII. Beilageheft. S. 10. v. Gönner von Staatsschulden. (1826) Abth. I. §. 69. Souchay über die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen, im Archiv für civilistische Praxis. Bd. X. nro. 5.
Auch gehört hierher: Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 8. §. 763. "Doch können auch die Wechsel — auf jeden Briefsinhaber gestellt seyn. Wer sich aber einen solchen Wechselbrief ausstellen läßt, muß es sich selbst beimessen, wenn dieser Wechsel von einem unrechtmäßigen Besitzer — eincassirt wird."
Vergl. §. 810. 816. und Th. 1. Tit. 15. §. 47 — 51.

sich bringt, nicht erst lange zu untersuchen, ob der zeitige Inhaber ein rechtmäßiger sey, oder nicht; er hat nicht nöthig, nach dem Legitimationspuncte umständlich zu fragen, da das in dem Schuldschein ganz allgemein ausgedrückte Versprechen, an jeden Inhaber desselben, Zahlung leisten zu wollen, ihn hinreichend zum Weiterverkauf und zur Eincassirung des Betrags, und zwar eben so bündig legitimirt, als wenn er speciell in dem Schuldscheine benannt wäre; und weil er sich auf die Thatsache einer vorausgegangenen Uebertragung der Rechte des ursprünglichen Gläubigers einzulassen, aus jenem Grunde nie gehalten seyn kann. [6])

Der Besitz des auf jeden Inhaber lautenden Schuldscheins begründet daher auch nicht, wie einige Rechtslehrer [7]) wollen, nur die Vermuthung einer rechtlichen Uebertragung desselben auf den Inhaber, gegen welche denn doch nie der Beweis des Gegentheils versagt werden könnte, so daß, wenn bei der Vorzeigung desselben gegen den Inhaber erwiesen werden könnte, daß eine Lücke in der regelmäßigen Uebertragung desselben von dem ersten Erwerber bis auf ihn statt finde, oder daß einer seiner Vormänner ohne allen rechtmäßigen Titel, oder unter einem geradezu unrechtmäßigen Titel, z. B. durch Diebstahl, erworben habe, der Schuldschein dem, obwohl rechtlichen Besitzer, ohne Werth seyn würde. Vielmehr ertheilt gerade der Inhalt eines solchen Schuldscheins und die darin ausgedrückte Verzichtleistung, dem Inhaber ein selbstständiges Recht, welches nicht an die Bedingung einer regelmäßigen Uebertragung von dem ersten Erwerber bis auf den jetzigen Inhaber, sondern nur an den Be-

6) Pfeiffer a. a. O. Bender a. a. O. Souchay a. a. O. S. 151. fgg.

7) Glück, Pfeiffer, Bender, u. a.

sitz geknüpft ist, so daß auch der Dieb einer au porteur lautenden Schuldverschreibung einem redlichen Käufer alle Rechte übertragen kann, die der erste Erwerber jemals besessen hat.[8])

Bringt es also der Inhalt des Documents[9]) mit sich, daß alle Schuldscheine au porteur dem Inhaber derselben ein selbstständiges Recht zu allen aus der Verschreibung entspringenden Befugnissen geben, welches ihm gesichert bleibt, auch, wenn das Papier einem seiner Vorgänger unrechtmäßiger Weise entäußert worden ist, oder einer seiner Vorgänger auf deren Besitz keinen rechtmäßigen Titel gehabt hätte, so kann man nicht von einer bloßen Vermuthung zu Gunsten des Inhabers sprechen, sondern man muß dessen selbstständiges Recht in jeder Hinsicht anerkennen.[10])

So wenig also der Schuldner befugt ist, dem Inhaber des Schuldscheins die Einrede der mangelnden Sachlegitimation entgegenzusetzen, eben so wenig kann derselbe

8) Deshalb schützen viele neuere Gesetze den Inhaber einer au porteur lautenden Verschreibung schlechthin gegen alle Vindication, wie z. B. das Preußische Landrecht Th. I. Tit. 15. §. 47. Oesterreichsches bürgerl. Gesetzbuch §. 371. Baierische Verordnungen vom 17. Aug. 1813. u. 12. März. 1817. Frankfurter Verordnung vom 8. Jul. 1817, wo im Art. I. ausdrücklich gesagt wird, daß es gar nicht darauf ankommen soll, ob der Veräußerer einer au porteur lautenden Verschreibung dieselbe redlich besessen habe, sondern nur darauf: ob sie der jeweilige Inhaber redlich besitze; was immer der Fall ist, wenn er sie ohne sein Wissen, von einem Diebe gekauft hat.

9) Dieses hat vorzüglich hervorgehoben v. Gönner a. a. O. S. 192. 193. 238 — 247.

10) Souchay a. a. O. S. 151. fgg. Anderer Meinung scheint Bender a. a. O. S. 28, in Betreff gestohlener Papiere.

II. berechtigt seyn, demselben die Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze zu opponiren. [11])

Hat der Schuldner nämlich durch die Art der Ausstellung des Schuldscheins auf jeden Inhaber, auf die sonst erforderliche Nachweisung, wie und unter welchen Bedingungen der Schuldschein von dem ursprünglichen Gläubiger auf den jetzigen Inhaber übertragen sey, verzichtet, und kann daher der jeweilige Inhaber nie gehalten seyn, sich auf die Thatsache der vorausgegangenen Uebertragung der Rechte des ursprünglichen Gläubigers, oder der Vorbesitzer auf ihn einzulassen, so fällt schon aus diesem allgemeinen Grunde die Befugniß des Schuldners, dem Inhaber die Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze, entgegenzustellen, in sich zusammen.

Dazu kömmt aber noch überdies, daß die Ausstellung von Schuldscheinen auf jeden Inhaber, also solcher Schuldbekenntnisse, wodurch eine Verpflichtung gegen eine ungewisse Person (persona incerta) ausgesprochen wird, eine neue Erfindung ist, welche den Römern gänzlich unbekannt war. Wenn es daher als unbestreitbar angenommen werden muß, daß römische Gesetze und Rechtsansichten nie auf neuere, eigenthümlich sich ausgebildet habende Rechtsinstitute, und auch dieses nicht einmal analogisch anzuwenden sind, falls durch deren Anwendung der ganze Zweck jener Rechtsinstitute aufgehoben werden würde, so muß auch aus diesem Grunde die Anwendbarkeit der lex Anastasiana auf Schuldscheine au porteur um so mehr verneint werden, als die wirkliche Anwendung derselben den Zweck, welcher jenen Schuldscheinen unterliegt, durchaus vereiteln muß.

Wird nämlich ein Schuldschein auf jeden Inhaber

11) Pfeiffer a. a. O. S. 45. fg. Bender a. a. O. S. 11. v. Gönner a. a. O. Abth. 1. §. 62.

zahlbar ausgestellt, so kann derselbe nur den Zweck haben, denselben in den gewöhnlichen Handelsverkehr zu bringen, ihn mithin in Umlauf zu setzen, um für die Zeit, daß er cursirt, Credit zu gewinnen, denselben aber demnächst, nach Bequemlichkeit einlösen zu können. Solchergestalt soll also ein solcher Schuldschein unter dem Gesichtspuncte jenes Verkehrs als eine Handelswaare erscheinen, und in dieser Eigenschaft nicht sowohl die darin ausgedrückte Geldsumme unmittelbar repräsentiren, als vielmehr selbst einen für Geld käuflichen Gegenstand ausmachen, bei welchem das zum Grunde liegende Forderungsrecht gänzlich in den Hintergrund tritt. [12])

Bei eigentlichen Staatsobligationen tritt dieser Zweck schon in der Art und Weise ihrer Entstehung recht klar hervor, indem nämlich das ganze Anlehn gewöhnlich nur von einem einzelnen Wechselhause übernommen, und darüber nur Eine Originalobligation von dem Schuldner ausgestellt wird; die von dem Unternehmer hiernach ausgefertigten Partialobligationen aber unmittelbar zu dem Zwecke, als Tauschmittel gegen baares Geld in den Verkehr zu kommen, bestimmt sind, so daß Staatsobligationen schon ihrer Bestimmung nach, Gegenstand des Handels sind, wie denn schon die Curszettel, welche darüber öffentlich ausgegeben zu werden pflegen, den steten Wechsel

12) v. Gönner a. a. O. §. 56. — Dagegen sieht Souchay a. a. O. S. 151. fgg. die Schuldscheine au porteur, als ein conventionelles Papiergeld an, nur mit dem Unterschiede, daß erstere durch eine Geldzahlung entstehen, nicht aber letzteres; ein Unterschied, der seiner Ansicht um des willen nicht entgegen stehen soll, weil der Grund der Entstehung etwas Aeußerliches sey, welches die innere Natur derselben nicht verändern könne. — Daß Souchay's Ansicht auf dieselben Resultate in Betreff der Unanwendbarkeit der Lex Anastasiana leitet, bedarf keiner Erwähnung.

des von dem Nominalwerthe abweichenden Marktpreises derselben anzeigen.[13])

Aber auch den von Corporationen, Gemeinden und selbst von Privatpersonen ausgestellten Schuldscheinen au porteur,[14]) muß ein gleicher Zweck untergelegt werden, weil sonst ihre Fassung unnütz und ohne Zweck wäre, und so wird auch in ihrer Hinsicht der Satz als gleich anwendbar aufgestellt, daß sich Papiere dieser Art schlechterdings nicht anders, als eine jede Handelswaare betrachten und beurtheilen lassen.[15])

Ist nun aber dieses der Zweck jener Schuldscheine auf jeden Inhaber lautend, so würde derselbe ganz aufgehoben werden, wenn der Aussteller befugt seyn sollte, dem Inhaber erst einen Beweis darüber abfordern zu können, auf welche Weise er an den Schuldschein gekommen, und daß, oder ob er auch den vollen Betrag der in demselben ausgedrückten Summe bezahlt habe; oder wenn er verlangen dürfte, zu dem Beweise zugelassen zu werden, daß der Inhaber nicht den vollen Betrag für den Schuldschein gegeben habe. Denn durch diese Befugniß würde sofort jeder dieser Schuldscheine in die Classe derjenigen zurückfallen, welche an einem bestimmten Gläubiger ausgestellt worden sind; es würde also von einem in Curs-Setzen derselben, als

13) Pfeiffer a. a. O. Bender a. a. O.

14) Souchay a. a. O. S. 154 folgert aus seiner Ansicht, daß dergleichen Verschreibungen au porteur, als ein conventionelles Papiergeld anzusehen seyen, daß in der Regel nur der Staat Papiere au porteur ausgeben könne, andere (physische oder moralische) Personen aber nur in so weit, als es ihnen Particulargesetze oder eine besondere Erlaubniß des Staats gestatteten.

15) Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 41. S. 416.

als Handelswaare und deren Circulation im Verkehre nicht die Rede seyn könnnen.

Die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts, und namentlich der Vorschrift der Lex Anastasiana ist daher mit der rechtlichen Natur der Schuldscheine au porteur nimmermehr zu vereinigen.[16])

VIII. Erörterung.

Der Eigenthümer ist nur dann schuldig, den von seinem Nachbar herüber dringenden Rauch oder Staub zu dulden, wenn dieser ein gewöhnlicher ist.

Eine der wichtigsten Stellen des römischen Rechts in Bezug auf nachbarliche Rechte und Verpflichtungen ist unstreitig, das Fr. 8. D. VIII. 5. si servitus vindicetur, welches dahin lautet:

§. 5. Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit (nämlich, der Bewohner des obern Geschosses). Idemque ait, et ex superiore in inferiora, non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat; fumi autem, sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse, id ita

16) Souchay a. a. O. S. 154.

facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non esse, in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant: dicit igitur Aristo, eum qui tabernam caseariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non esse fumum immittere; ergo per contrarium agi poterit, jus esse, fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum Uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti.

§. 6. Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere? aut non licere? Et ait, magis non posse agi: sicut agi non potest, jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare.

§. 7. Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iulii (nämlich hortum) instruxisset, placuit, potuisse tales servitutes imponi.

Analysirt man den Inhalt dieser Stelle, so enthält sie folgende Fälle:

§. 5. Cerellius Vitalis hatte von den Minturnensern, in einem denselben zustehenden Gebäude, welches im obern Geschoß von einem Andern bewohnt wurde, ein Gemach (taberna ist bekanntlich dem bewohnten Zimmer, oder der habitatio entgegengesetzt [1])) gemiethet, um sich desselben zur Räucherung der Käse zu bedienen, wobei beiläufig zu bemerken ist, daß

1) Brisson. de Verb. Signif. voce taberna.

bei den Römern eine solche Räucherung der Käse gewöhnlich war, weil sie dafür hielten, daß der Käse dadurch einen bessern Geschmack erlange.[2]) Der Bewohner des obern Geschosses wollte aber diesen Rauch nicht leiden, und verbot dem Cerellius das Räuchern. Cerellius erbat sich nun vom Aristo ein Responsum über die Frage: ob jener ein solches Verbietungsrecht habe? Aristo bejahte dieses, indem er respondirte, daß Cerellius nicht befugt sey, den Rauch in das obere Geschoß zu schicken; wogegen es ihm frei bleibe, ex conducto gegen seine Vermiether, die Minturnenser zu klagen.

Aristo begründete sein Responsum auf den allgemeinen Satz: Auf seinem Eigenthum könne jeder thun, was er wolle, nur dürfe er nichts in das fremde Eigenthum immittiren. So wenig also der Eigenthümer des obern Stockwerks, in das untere, Wasser, oder sonst Etwas immittiren dürfe, eben so wenig dürfe der Eigenthümer des untern Stockwerks, Etwas in das obere immittiren, namentlich also auch nicht Rauch, da Rauch eben so gut immittirt werde als Wasser. Der Eigenthümer des obern Stockwerks, folgerte Aristo, habe also das Recht, die Immission des Rauchs zu verbieten, wogegen der Eigenthümer des untern Stockwerks sein Recht, den Rauch zu immittiren gerichtlich verfolgen könne. Aristo setzte also voraus, daß das letztere durch die Erwerbung einer Servitut, wirksam gemacht werden könnte, und verstattete mithin, dem Eigenthümer des untern Stockwerks eine actio

2) Columell. de re rust. VII. 8. Plin. hist. natur. XI. 42. Sect. 97. Martial. Epigr. XIII. 32. 33. Vergl. Duaren. Disputatt. anniv. I. 24. Brisson. Select. Antiq. IV. 15.

confessoria, wogegen dem Eigenthümer des obern die actio negatoria zugestanden wurde. Da nun dem bloßen Miethsmanne die Berufung auf eine Servitut nicht zustand, so hielt er das Verbietungsrecht des Bewohners des obern Geschosses in dem ihm vorgelegten Falle für begründet, und gestattete er dem Miethsmann nur die actio ex conducto gegen seine Vermiether.

In seinem Gutachten bezog sich Aristo auf die Analogie einer Entscheidung des Alfenus, welche nach gleichen Grundsätzen über die verbotene Immission ausgefallen war. Der, welcher auf seinem Eigenthume Steine behaue, dürfe solches thun, nur dürfe der Abfall nicht auf das fremde Eigenthum fallen, weil sonst dem Besitzer des letztern ein Klagrecht zustehe.

§. 6. 7. enthält eine auf denselben Grundsätzen beruhende Entscheidung des Pomponius. Es kam zur Frage: ob derjenige mit einer actio negatoria belangt werden könne, der einen gwöhnlichen Rauch (fumum non gravem) namentlich durch Feueranlegen auf seinem eigenen Feuerheerde, veranlasse, und ob er, um das Recht hiezu zu verfolgen, eine actio confessoria anzustellen nöthig habe?

Pomponius verneinte diese Frage, weil jeder auf seinem Eigenthume befugt sey, eben so gut, Feuer auf dem Heerde anzuzünden, als sich zu waschen, nud niederzusetzen. Dagegen bejahte er die Frage, in sofern ein Apparat angelegt werde, wodurch ein ungewöhnlicher Rauch auf das fremde Grundstück geleitet werde. Da nämlich eine gewisse Quartilla eine Badeanstalt angelegt, und die Röhren zur

Auslassung des Rauchs (cuniculus) [3]) auf das Grundstück des Ursus Julius geleitet hatte, so hielt Pomponius dafür, daß ihr solches nur dann verstattet werden könne, wenn sie hiezu eine Servitut erworben habe.

Als allgemeiner Grundsatz wird daher behauptet in dieser Stelle:

Jeder kann auf seinem Grundstücke vornehmen, was ihm beliebt; nur mit der Beschränkung, daß er nichts auf das fremde Grundstück immittiren darf, was dasselbe oder die Bewohner desselben belästigen würde. Als solche Belästigung kann aber nicht angesehen werden, was eine Folge der gewöhnlichen Benutzung (des gewöhnlichen Lebens) ist; wohl aber, was eine Folge einer außergewöhnlichen Benutzung (der Errichtung von Apparaten zu besondern Zwecken) angesehen werden muß, und eine solche Belästigung der letztern Art braucht sich der Eigenthümer des fremden Grundstücks nur dann gefallen zu lassen, wenn sein Gegner hiezu eine Servitut erworben hat.

Dieser Grundsatz wird nun auf einzelne Fälle zur Anwendung gebracht, z. B. auf Wasser, welches in das fremde Grundstück immittirt wird, auf Abfall von Steinen bei deren Behauung und auf den Rauch. In Bezug auf den letztern ist entschieden, daß sich der Eigenthümer des fremden Grundstücks denjenigen Rauch, so wie er Folge des gewöhnlichen Lebens ist, also so wie er sich durch Heizung der Kamine, Bereitung der Speisen, Anstellung von Hauswäschen u. s. w. erzeugt, gefallen lassen muß, wogegen er den Rauch nicht zu dulden hat, der durch besondere Apparate oder zu einem bestimmten außergewöhn-

3) Dergleichen waren bei den Römern üblich, wiewohl wahre Schornsteine eine neuere, und zwar Venetianische Erfindung sind.

lichen Zweck, also durch eine Räucherungsanstalt, oder durch die Anlegung einer Badeanstalt, ihm zugeführt wird, wenn nicht sein Gegner dieserhalb, eine besondere Servitut, vermöge welcher er diesen außergewöhnlichen Rauch zu dulden, schuldig seyn könnte, erworben haben sollte.

Hiebei entstehen nun die Fragen, ob jene Vorschriften über Wasser, Steingruus und Rauch, auch auf andere belästigende Ausflüsse der Eigenthumshandlungen, wenn jene sich über ein fremdes Grundstück verbreiten, anzuwenden seyen? und innerhalb welcher Grenzen jenes, dem fremden Eigenthümer zustehende Verbietungsrecht ausgeübt werden könne?

Was die erste Frage anbetrifft, so kann deren Bejahung nicht zweifelhaft seyn, insofern jene belästigende Ausflüsse der Eigenthumshandlungen, als außergewöhnliche, nicht in dem Kreise des gewöhnlichen Lebens liegende, zu betrachten sind; denn theils sind in dem oben angezogenen Fragmente Wasser, Steingruus und Rauch nur beispielsweise genannt, theils heißt es in demselben ausdrücklich, daß es verboten sey, quid aliud in das fremde Grundstück zu immittiren. Ein auffallendes Beispiel bietet z. B. der Staub dar, dessen Duldung, wegen Identität der Entscheidungsgründe, ohne Zweifel nach den, in jener Stelle enthaltenen Entscheidungsgründen zu beurtheilen seyn wird. Rauch und Staub haben die nämlichen Eigenschaften an sich, beide erheben sich und fallen, beide werden dadurch belästigend, daß sie der Gesundheit schaden, und die Gegenstände, welche ihnen ausgesetzt sind, verunreinigen und verderben. Bei der Frage, in wiefern sie von dem fremden Eigenthümer zu dulden sind, kann es daher nur auf den Grad der Belästigung ankommen. Wenn mithin, wie oben bemerkt ist, der gewöhnliche Rauch, so wie er sich durch Heizen, Speisebereitung u. s. w. verbreitet, von dem Nachbar geduldet werden muß, so muß auch eben derjenige Staub von ihm geduldet werden, der durch

die gewöhnliche Hausreinigung, das Ausklopfen von Kleidungsstücken, Betten, Meublen u. s. w. entsteht; dagegen kann aber der Nachbar nicht gehalten seyn, es zu dulden, wenn der durch außergewöhnliche Anstalten erregte, ihm lästige Staub zugeführt wird, z. B. wenn der Nachbar ein Getraidehändler ist, und eine Reinigungsanstalt des Getraides dergestalt anlegt, daß dem Andern der Staub, der durch diese Anstalt erregt wird, stets zugeführt wird.

Die zweite Frage, innerhalb welcher Grenzen jenes Verbietungsrecht von Seiten des Eigenthümers gegen den Nachbar ausgeübt werden könne, bedarf einiger besondern Erläuterungen.

Der Begriff des außergewöhnlichen würde sehr relativ seyn, wenn nicht die angezogene Gesetzesstelle einen Fingerzeig zu dessen Festsetzung enthielte. Es ist bereits oben bemerkt, daß in Bezug auf den vorliegenden Gegenstand, alles das außergewöhlich zu nennen ist, was den Kreis der gewöhnlichen Lebensweise im allgemeinen und ohne Berücksichtigung eines besondern Gewerbes, oder einer besondern Thätigkeit überschreitet. Und hieraus folgt, daß als außergewöhnliche Belästigung für den Eigenthümer, alle widrigen Ausflüsse zu betrachten sind, welche aus der Betreibung eines besondern Gewerbes durch den Nachbar entstehen, obgleich sie an und für sich, nur gewöhnliche Folgen jenes Gewerbes selbst sind.

Allerdings könnte gegen diese Annahme, mit vielem Anschein der Einwurf gemacht werden, daß durch einen solchen Grundsatz die Befugniß des Nachbarn, zu seinem Unterhalte ein Gewerbe zu treiben, zu sehr beschränkt werden würde, besonders wenn man an die Ausübung so mancher Gewerbe denkt, welche für den Nachbar lästige Folgen haben, und die dennoch ohne dieselben, gar nicht ausgeübt werden können.

Indessen erledigt sich dieser Einwurf, wenn man folgendes in das Auge faßt.

Einige Gewerbe belästigen dadurch in ihren Folgen, daß etwas Körperliches auf das benachbarte Grundstück hinüber geführt wird, wie z. B. Wasser, Abfall des Materials, Dämpfe, Rauch, Staub u. dergl.

Andere dagegen nur in sofern, als sie die Sinne unangenehm afficiren, z. B. das Gesicht, das Gehör, den Geruch, ohne daß man sagen kann, es werde dadurch etwas Körperliches wenigstens etwas sichtbar Körperliches dem benachbarten Grundstücke, oder dessen Besitzer zugeführt.

Unsere Gesetzesstelle spricht aber nur von einer unerlaubten Immission und setzt also voraus, wohin denn auch die angeführten Beispiele hindeuten, daß dasjenige, was immittirt wird, etwas Körperliches nämlich sichtbar Körperliches sey, (da die Römer die materielle Welt von der inmateriellen nicht so scharf unterschieden, wie wir), wie das Wasser, der Steingruus und der Rauch. Sie begreift also den Fall nicht, wo durch die Ausübung des Gewerbes die Sinne auf andere Weise unangenehm afficirt werden.

Daß das Letztere weggeräumt werde, kann daher nur, den Umständen nach, Gegenstand der policeilichen Abhülfe, nicht des Rechts, welches unter zwei Privatpersonen verfolgt werden kann, seyn; wogegen die Immission körperlicher Sachen allein Gegenstand jener Rechtsverfolgung ist. Dieses erhellt auch aus andern Stellen des römischen Rechtsbuchs. So rechnet z. B. fr. 2. §. 29. D. XLIII. 8. ne quid in loco publico, es nur zur Polizeiabhülfe, wenn durch übeln Geruch ein locus pestilentiosus wird; so bestimmt fr. 17. §. 4. D. VIII. 5. si servitus vindicetur, daß, wenn der Nachbar seine Miststätte zu nahe der Wand des Andern anlegt, nur dann diese Handlung Gegenstand einer privatrechtlichen Verfolgung seyn könne, wenn dadurch

die

die Wand anfault, nicht aber, wenn bloß ein übler Geruch dadurch entsteht; so verbietet die c. un. C. XI. 18. de stud. lib. nur, da Hörsäle zu miethen, wo Handwerker Geräusch machen, keinesweges aber [4]) verpflichtet sie die Handwerker, aus der Gegend der Hörsäle wegzuziehen, und erkennt dadurch an, daß der Lehrer kein Verbietungsrecht gegen jene im privatrechtlichen Wege habe, wogegen es allerdings Gegenstand der Policei seyn kann, namentlich auf Universitäten, die Niederlassung solcher Handwerker neben den öffentlichen Hörsälen zu verhindern.

Wenn sich daher der Eigenthümer es gefallen lassen muß, daß ein Blechschläger, ein Weisgerber u. dergl. sich neben ihm niederläßt, oder daß der ihm gegenüber Wohnende sein Haus mit einem blendenden Anstriche versieht, wiewohl sein Ohr, seine Nase, sein Auge dadurch belästigt wird, so braucht er es dennoch nicht zu dulden, wenn der neben ihm sich niederlassende Gewerbsmann, seinen, zur Betreibung des Gewerbes, nöthigen Apparat so anlegt, daß der Abfall, die Unreinigkeiten, der Rauch, Staub oder sonstige körperlich sichtbare Einflüsse in sein Haus eindringen und ihn dadurch belästigen; und so giebt ihm die angezogene Stelle dieserhalb, gerade, weil es körperliche Gegenstände sind, welche immittirt werden, ein wahres Verbietungsrecht, so wie dem Gewerbsmann auf der andern Seite die Verpflichtung auferlegt wird, seinen Apparat so einzurichten, daß er dadurch seinem Nachbar nicht lästig werden kann; es wäre dann, daß letzterer eine Servitut erworben hätte, wodurch ersterer gezwungen würde, die Immission der gedachten körperlichen Gegenstände in sein Eigenthum zu dulden.

Als daher M*** in H***, auf seinem Boden eine Vorrichtung behuf Reinigung des Getraides in der Maaße

4) S. Höpfner Institutionencommentar. §. 885.

getroffen hatte, daß aus den Bodenluken der hierdurch erregte Staub, in das Haus und den Hofraum seines Nachbars G*** eindrang, dieser letztere deshalb bei dem Stadtgerichte zu Hannover, auf Verschließung jener Luken angetragen hatte, von demselben aber mit seiner Klage enthört worden war, so erkannte die Justizcanzlei zu Hannover unter dem 22. Nov. 1825. reformatorie. "Nachdem nun die L. 8. §. 5. D. si serv. vind. auch auf den hier in Frage stehenden, wie Appellat nicht in Abrede zu nehmen vermocht hat, wenn die auf seinen Böden liegenden Getraidevorräthe umgestochen werden, durch die Oeffnungen derselben ziehenden Staub anzuwenden ist, und daher Appellant denselben nur dann auf seinem Eigenthume zu leiden schuldig ist, wenn Appellat in dieser Hinsicht eine Servitut hergebracht hat, so hat das Stadtgericht — dem petito der Klage gemäß zu erkennen, Appellat könnte denn — darthun, daß der durch das, behuf des Betriebes seiner Branntweinbrennerei geschehene Umstechen und Reinigung seiner Getraidevorräthe veranlaßte Staub durch die hier in Frage stehenden Oeffnungen, seit 10 Jahren auf eben die den Appellanten belästigende Weise, wie jetzt gezogen sey." Und wurde dieses Erkenntniß, aus den obenausgeführten Gründen, unter dem 24. April 1826 von dem Oberappellationsgerichte lediglich bestätigt.

IX. Erörterung.

Die Veräußerung einer im Proceß befangenen Sache ist in den hiesigen Landen als erlaubt anzusehen.

Schon nach älterm römischen Rechte war die Veräußerung einer wirklich [1]) im Rechtsstreite befangenen Sache unerlaubt und ohne Wirkung, wie aus dem Pandectentitel de litigiosis und aus den dort excerpirten Stellen aus Ulpian und Gajus erhellt. Der im Processe obsiegende Theil konnte daher die veräußerte Sache von dem dritten Erwerber zurückfordern; [2]) und letzterer, wenn er wissentlich eine rem litigiosam erworben hatte, war außerdem der poena litigiosi unterworfen. [3])

1) Ein bloßes Verbot der Veräußerung reichte nicht hin. Fr. 1. D. XLIV. 6. de ligit. S. überhaupt Voet. ad Pandect. d. t. §. 1. — 3.

2) Fr. 1. 2. D. eod.

3) Fr. 4. D. eod. — Vergl. außerdem das hinter dem neu entdeckten Gajus befindliche Fragmentum de jure fisci. §. 8. wo es heißt: Qui contra edictum Divi Augusti rem litigiosam a possidente comparavit, praeterquam quod emtio nullius momenti est, poenam quinquaginta sestertiorum fisco repraesentare compellitur. Res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem qnaestio delata est. So wie Gajus Institut. Comm. IV. §. 117. Si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omnino summoveris.

Das neuere und neueste römische Recht bestätigte diese Grundsätze, jedoch mit einigen Nebenbestimmungen.

Die c. 2. C. VIII. 37. de litigiosis verfügte: Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt, vel res, pro quibus actor a reo detentis intendit, in conjunctam personam vel extraneam donationibus vel emptionibus, vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri ab eodem actore liceat; tanquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda. Sie erneuerte mithin das bestehende Verbot der Veräußerung, und wollte außerdem, daß, gleichsam, als wenn solche gar nicht vorgefallen sey, der Rechtsstreit fortgesetzt und beendigt werden solle, weil natürlich dem obsiegenden Theile immer die Anforderung der veräußerten Sache offen blieb.

Noch wichtiger war die c. 4. eod., welche dahin geht: Censemus, ut si quis lite pendente vel actiones vel res, quas possidet, ad alium quendam transtulerit, sive scientem, sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subjacere, distinctione quadam inter contrahentes observanda, ut si quis sciens vel ad venditiones, vel ad donationes, seu alios contractus accesserit (also der dritte Erwerber), cognoscat, se compellendum, non tantum rem redhibere, sed etiam pretio ejus privari, non ut lucro cedat ei, qui rem alienavit, sed ut etiam alia tanta quantitas, ab eo fisci juribus inferatur. Si autem ignorans rem litigiosam emerit, vel per aliam speciem contractus eam acceperit, tunc, irrita alienatione facta, pretium cum alia tertia parte recipiat.

Die Poena litigiosi wurde also dahin bestimmt, daß der dritte Erwerber, wenn er um die Litigiosität der erworbenen Sache wußte, dieselbe herausgeben und den Werth derselben außerdem an den Fiscus erlegen mußte, wogegen der Veräußerer für den Fall, daß der dritte Erwerber nichts von deren Litigiosität gewußt hatte, und

die Sache dennoch an den obsiegenden Theil herausgeben mußte, den empfangenen Preis oder dessen Werth, nebst noch einem Drittheile desselben an den dritten Erwerber zu zahlen hatte. Ausgenommen von den Verfügungen dieser Verordnungen waren diejenigen qui vel dotis nomine vel ante nuptias donationis, vel transactionis aut divisionis rerum hereditariarum factae, vel per legati, vel per fideicommissi causam tales res vel actiones dederint vel acceperint.

Alle diese Verfügungen wurden in der 112ten Novelle von neuem bestätigt, nur daß der Begriff einer res litigiosa als einer wirklich schon in einem Rechtsstreite befangenen Sache festgesetzt, und einige speciellen Bestimmungen über die Befugnisse der Erben der streitenden Theile gegeben wurden. Sancimus, heißt es in derselben, litigiosam dici et intelligi rem mobilem, seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur, aut per judiciariam conventionem, aut per preces principi oblatas, insinuatas judici et per eum adversario interpellationis cognitas; in his enim casibus praeteritam constitutionem mansuetudinis nostrae (es ist die c. 4. cit.) posthac volumus obtinere, in qua scientes et ignorantes emptores discernimus.

Bei diesen klaren und deutlichen Verfügungen der römischen Gesetze ist es in der That auffallend, wie einige deutsche Rechtslehrer die Anwendbarkeit des in denselben liegenden Verbots der Veräußerung in Streit befangener Gegenstände haben leugnen, oder wenigstens jene Vorschriften durch in denselben nicht liegende Distinctionen haben beschränken wollen.

Solches ist jedoch vorzüglich von A. von Leyser [4]) geschehen. Leyser stützte hauptsächlich seine Meinung über

4) Spec. 518. med. 1. 2.

die Nichtanwendbarkeit der römischen Vorschriften über die verbotene Veräußerung der rerum litigiosarum, auf das römische Recht selbst, indem er sich darauf bezog, daß es nach fr. 4. §. 1. D. IV. 7. de alienat. jud. mutand. causa, dem Besitzer einer Sache freistehe, sich dieser, damit er wegen derselben nicht in öftere Processe verwickelt werde, zu entäußern. Außerdem meinte er, hätten jene Vorschriften den kurzen römischen Proceßgang vorausgesetzt; da nun aber in Deutschland das Proceßverfahren so lange dauernd geworden sey, so würde dadurch die Dispositionsfähigkeit des Besitzers einer res litigiosa, auf eine so lange Zeit beschränkt, daß es höchst unbillig seyn würde, solche, bis nach Ausgang des über dieselbe obschwebenden Processes aufzuschieben. Leyser's Ansicht gewann auch bald an Gewicht, indem ihr ausdrücklich von Pufendorf[5]) und Hommel[6]) beitraten, jedoch unter der Modification, daß sie zwar an und für sich das römische Verbot der Veräußerung einer res litigiosa für gültig anerkannten, aber doch nur für den Fall, wenn dadurch dem Anforderer ein mächtigerer oder schwerer zu bekämpfender Gegner vorgeschoben, und solchergestalt dem erstern seine Rechtsbefugnisse gekränkt werden würden; in allen übrigen Fällen sey dagegen die Veräußerung der res litigiosa allerdings gültig und erlaubt.

Dagegen hat es aber nie an Rechtslehrern[7]) gefehlt,

5) Tom. IV. obs. 201.

6) Rhapsod. nro. 684.

7) Frantzke Resolut. L. I. qu. 11. Beyer Delineat. Pand. tit. de litig. nro. 9. 10. Mevius Decis. P. IV. dec. 350. Thibaut Pandectenr. (1828) §. 77. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 31. a. E. Schweppe röm. Privatr. (1822) §. 162. a.

welche dessenungeachtet die Anwendbarkeit jener gesetzlichen Vorschriften für Deutschland behauptet, und, ohne in die Distinctionen v. Pufendorf's und Hommel's hineinzugehen, dafür gehalten haben, daß auch jetzt noch jede Veräußerung einer res litigiosa ungültig und unwirksam sey, wenn gleich von einer poena litigiosi nicht weiter die Rede seyn könne.

Aus dem theoretischen Standpuncte, möchte auch die Ansicht jener letztern unbedingt den Vorzug verdienen, da ihnen die deutlichen und unumwundenen Worte der Gesetze zur Seite stehen, und die Argumente der Gegner keinesweges das darthun, was sie beweisen sollen.

Leyser verwechselt nämlich die res litigiosa im gesetzlichen Sinne der Novelle 112, nach welcher sie als eine Sache, über die bereits ein Proceß anhängig, derselbe aber noch nicht entschieden ist, bezeichnet wird, mit einer Sache, die ehemals im Processe befangen war, wo jedoch dieser Rechtsstreit zu Gunsten des Besitzers entschieden war, und in deren Hinsicht der Besitzer nur fürchtet, für die Zukunft in weitere Processe verwickelt zu werden. Die Aufgebung der letztern war erlaubt, wogegen die Veräußerung der ersten verboten war. Potest autem aliquis, sagt Fr. 4. §. 1. D. IV. 7. de alien. jud. mut. causa, dolo malo desinere possidere, nec tamen judicii mutandi causa fecisse, nec hoc edicto teneri, neque enim alienat, qui duntaxat omittit possessionem. Non tamen ejus factum improbat Praetor, qui tanti habuit, re carere, ne propter eam saepius litigaret; haec enim verecunda cogitatio ejus, qui lites exsecratur, non est vituperanda, sed ejus duntaxat, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat. Von mehrerem Anschein sind dagegen die Ansichten v. Pufendorf's und Hommels, daß zwar die Vorschriften der c. 4. C. cit. allerdings noch geltend sey, jedoch nur für den Fall, wenn

durch die Veräußerung der res litigiosa dem Anforderer der Sache ein mächtigerer Gegner vorgeschoben, und dadurch dem erstern die Verfolgung seines Rechts erschwert werde. Dieses zu verhüten, meinen sie, sey Grund des Gesetzes gewesen, und wenn solcher mithin in dem einzelnen Falle nicht eintrete, so falle auch die Vorschrift des Gesetzes hinweg. Anscheinend wird diese Ansicht, sowohl durch die Schlußworte des Fr. 4. §. 1. cit. litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat, als auch durch den Inhalt des Fr. 3. D XLIV. 6. de litigiosis, welcher dahin geht: Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare, alioqui dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere. Sed duplum, utrum fisco an adversario praetandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo quod potentiori adversario traditus est.

Indessen möchte diese Ansicht aus folgenden Gründen dennoch als unhaltbar sich darstellen.

Es ist eine bekannte Regel, daß eine Cessio in potentiorem unwirksam seyn solle,[8]) aber diese bezieht sich gleichfalls nur auf einen Gegenstand, in dessen Bezug der Besitzer zwar einen Rechtsstreit fürchtet oder voraussieht, nicht aber auf eine Sache, die bereits wirklich im Processe befangen ist. Die Cession des erstern ist im Allgemeinen durchaus erlaubt, wenn sie nur nicht geschieht, um durch Vorschiebung eines mächtigern Gegners den Anforderer der Sache in eine schwierigere Lage zu versetzen, oder um die Competenz des ursprünglich zuständigen Gerichts zu umgehen, die Veräußerung der letztern aber unbedingt

8) c. 2. C. II. 14. ne liceat potentior. Glück Pandecten. §. 1021. Mühlenbruch a. a. O. §. 30.

bedingt verboten. Der Grund dieses Verbots lag aber nicht in der Voraussetzung, daß die Cessio an einen Potentior geschehen sey, sondern vielmehr darin, daß es unbedingtes Gebot im römischen Processe war, ut pendente lite nihil innovetur.[9]) Man kann daher auch hier nicht die an und für sich noch vielem Zweifel unterworfene Regel: quod cessante ratione legis, cessat dispositio, zur Anwendung bringen, da der von jenen Rechtslehrern der c. 4. cit. untergeschobene Grund, ein falscher ist. Dieses erhellt ganz klar aus der Verfügung der c. 2. C. de litigiosis. Nach derselben soll ohne Rücksicht auf die geschehene Veräußerung der res litigiosa der Rechtsstreit zwischen dem Besitzer und dem Anforderer der Sache fortgesetzt und beendet werden; weil jede innovatio pendente lite, und also auch jene Veräußerung als nicht existirend betrachtet werden soll, und so folgt auch hieraus wiederum, daß ein Vorschieben eines mächtigern Gegners durch jene Veräußerung nicht einmal dankbar war, da der Rechtsstreit durch dieselbe nicht auf jenen übergehen, mithin die Eigenschaften der streitenden Theile nicht verändert werden konnten. Auch steht dieser Ausführung das Fr. 3. cit. nicht entgegen, da es Bestimmungen über einen einzelnen Fall enthielt, aus denen keine allgemeine Regel abgeleitet werden kann. Widmet nämlich jemand eine res litigiosa, in sacrum, so soll der Anforderer der Sache das duplum des Werths erhalten, wenn dieser im Processe obsiegt; zu einigem Ersatze dafür, daß ihm ein adversarius potentior vorgeschoben ist. Diese Bestimmung beruht nämlich darauf, daß die res litigiosa durch die dedicatio in sacrum, welche zur Ehre der Religion stets aufrecht erhalten wurde, extra commercium gesetzt worden war, und der Anforderer derselben sie nie in natura, sondern nur ihren Werth ver-

9) Linde Civilproceß. §. 206. S. auch Glück §. 236.

langen konnte; sie ist also ganz und gar speciell und kann nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden.

Aus dem theoretischen Standpuncte scheint mir daher die völlige Anwendbarkeit der römischen Gesetze, welche die Veräußerung und Cession einer res litigiosa unbedingt für unwirksam erklären, mit Grunde Rechtens nicht bezweifelt werden zu können.

Anders verhielt es sich jedoch aus dem practischen Standpuncte.

Es läßt sich nicht verkennen, daß jene römischen Vorschriften auf den freien Verkehr sehr stöhrend einwirken, und daß dieses besonders dann eintreten muß, wenn das Proceßverfahren eine viel längere Dauer gewonnen hatte, als solches bei den Römern der Fall war, weshalb ich mich nur einzig und allein auf die lange Dauer unserer Concursprocesse beziehen will.

Die Praxis hat solches frühzeitig eingesehen, und daher schon seit geraumer Zeit, wenigstens in einzelnen Ländern, so wie in einzelnen Provinzen Deutschlands jenes Verbot nicht weiter beachtet.[10])

Was jene Länder anbetrifft, so sind hier vorzugsweise Frankreich und Holland zu erwähnen.

In Frankreich ist bekanntlich das römische Recht nie so vollständig recipirt worden, wie in Deutschland. Die schon in den frühesten Zeiten vollkommener befestigte gesetzgebende Gewalt der französischen Könige und die Ausbildung der dortigen Landrechte, die sich schon sehr früh in förmlichen Redactionen der Provincial- und Localstatute zu Tage legte, setzte dem eindringenden römischen Rechte

10) Struv. Exercit. ad Pand. XLVI. n. 44. Berger Oecon. jur. L. III. tit. 5. §. 8. not. 22. Consil. Marpurgensia. Vol. IV. Cons. 20. n. 98. Claproth Rechtswissenschaft von vorsichtiger und richtiger Eingehung der Verträge. Th. II. §. 278.

einen stärkern Damm entgegen, als es je bei dem zersplitterten Rechtszustande in Deutschland, der nur kümmerlich durch eine Reichsgesetzgebung und auch dieses nur einigermaßen zusammengehalten wurde, geschehen konnte. In ganzen Landestheilen, den Pays du droit coutumier, gewann das römische Recht fast gar keinen Eingang, und in denen wo es Eingang fand, den Pays du droit écrit, sind ganze Titel des römischen Rechtsbuchs nie zur Gültigkeit gekommen [11]). Hierher gehörten auch die Titel de litigiosis, wie solches schon einer der ältesten französischen Practiker, Imbert [12]) bezeugt, und auch durch den Code Napoléon anerkannt ist, nach dessen Art. 1699. und 1700 die Cession einer litigiösen Forderung ausdrücklich gestattet wird. Nur nach dem ältern französichen Rechte bedurfte es hiezu einer besonders auszuwirkenden königlichen Autorisation.

Gleiche Verhältnisse fanden in Holland statt; auch da, war der Titel de litigiosis nie allgemein gültig geworden, [13]) sondern durch ein wahres Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt, weshalb denn auch die Holländischen Rechtsgelehrten in ihren Commentarien über die Pandecten

11) meine Einleitung in das römisch-Justinianische Rechtsbuch. S. 103. Berriat St. Prix histoire du droit romain. (1821) S. 217. fgg.

12) Enchiridion ou bref recueil du droit escript gardé et observé ou abrogé en France. 1603. 4. S. auch Limnaei notitia regni Franciae; Automne Conference du droit français avec le droit romain; Bugnyon legum abrogatarum et inusitatarum in terris Franciae tractatus. Ed. Christyn. Brüssel. 1666. 1671. 4.

13) Groenewegen de legibus abrogatis ad tit. C. de litig. Hugon. Grotii Inleiding tot de hollandsche Rechtsgelaardheit. L. III. c. 14. nro. 21.

sich nur dubitativ über die heutige Anwendbarkeit jener römischen Gesetze äußern.[14])

Die Französische und Holländische Praxis ist nun auch von der Praxis in manchen deutschen Ländern begierig ergriffen worden, und so hat man sich auf Folgerungen aus jener gestützt, um die Unanwendbarkeit der römischen Verbote zu behaupten. Ja die Gesetzgebung eines der größten deutschen Staaten, das allgemeine Preußische Landrecht[15]) hat die Abtretung schon rechtshängiger Sachen ausdrücklich gestattet.

Auch das Oberappellationsgericht des Königreichs Hannover hat stets diese letztere Ansicht befolgt, und die Cession einer im Proceß befangenen Forderungen, noch unter dem 8. Sept. 1826 (in Sachen B. w. G. M.) für zulässig erklärt.

X. Erörterung.

Ueber das Beneficium non deducta deducendi et non probata probandi.

§. 1.

Das sogenannte Beneficium non deducta deducendi et non probata probandi verdankt unstreitig seinen Ursprung

14) Wissenbach ad Pand. Vol. II. Disp. 25. nro. 26. Voet ad Pand. XLIV. 6. §. 3.

15) Th. I. Tit. 11. §. 383.

dem römischen Rechte. Dieses kannte nämlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel, in der Eigenschaft eines Rechtsmittels gegen das Endurtheil nicht, und so fand es kein anderes Mittel, die Strenge des förmlichen Rechts zu mildern, als daß es gestattete, ein neues Vorbringen mit der Appellation zu verbinden. Solches ergiebt sich aus der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, in der c. 6. C. VII. 62. de appellationibus, welche im §. 1. mit ausdrücklichen Worten besagt: Si quid autem in agendo negatio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa, non excludenda videtur. Weniger bestimmt drückte sich dagegen das römische Recht über den, diesem beneficio zu gestattenden Umfang aus. Dasselbe scheint anfangs sehr gemißbraucht worden zu seyn; denn Justinian fand für nothwendig in der c. 4. C. VII. 63. de temporibus et reparat. appell. zu verfügen: — ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori, quam adversae parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine, womit die Schlußworte der c. 37. C. VII. 64. de appellat. — Novae enim assertiones a partibus apud eundem, vel eosdem judices addi,

ad exemplum consultationis ad sacrum nostrum palatium introducendae permittimus, zu verbinden sind. Diese Verfügungen ergeben so viel, daß eine Beschwerde an und für sich Bedingung der Appellation war, und eine solche der Sachlage nach wirklich in dem unterrichterlichen Endurtheile liegen mußte; wogegen das neue Vorbringen nur dann erlaubt war, wenn man dasselbe jener Beschwerde hinzufügen, und sein Recht also durch neues Vorbringen unterstützen konnte. Dagegen durfte, um von dieser Erlaubniß Gebrauch machen zu können, das neue Vorbringen kein solches seyn, wodurch die Sachlage verändert, oder eine mutatio status causae pristini herbeigeführt wurde.

Das canonische Recht hat diesen Grundsätzen des römischen Rechts nichts hinzugefügt; erst die Reichsgesetzgebung war es, welche sie näher bestimmte.

Daß nämlich stets eine Beschwerde gegen das frühere Erkenntniß nach der damaligen Actenlage erforderlich seyn müsse, um mit derselben ein neues Vorbringen in der zweiten Instanz zulässig zu machen, wurde dadurch über allen Zweifel erhoben, daß für den Fall, wo die Parthei ihre Vertheidigung nur auf neues Vorbringen gründen wollte, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und zwar bei derselben Instanz eingeführt wurde.[1])

Und die Cammergerichtsordnung[2]) erklärte die einer Mißdeutung fähigen Worte der c. 4. C. cit. dahin: "daß die neuen Artikel der Klag, in erster Instanz eingebracht, gemeß und aus derselben seyn, und nitt auf andere Klagen oder sachen, darumb nitt geklagt, gestellt werden"; denn mit großer Bestimmtheit ist hier ver-

1) S. v. Gönner Handbuch des Processes. Bd. III. nro. LX. §. 15. 16.

2) Th. III. Tit. 33. §. 5.

ordnet worden, daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage (des genus actionis), noch eine Veränderung des Streitgegenstands (des objecti litis) enthalten solle. Mithin wurde durch diese gemeinrechtlichen Bestimmungen der Umfang des beneficii non deducta deducendi et non probata probandi dahin festgestellt: 1. daß das angeführte Novum nicht ganz allein dastehen dürfe, sondern vielmehr mit einer Beschwerde gegen das Erkenntniß der untern Instanz, und zwar der damaligen Actenlage nach, verknüpft, mithin als Unterstützung dieser Beschwerde beigebracht worden sey; 2. daß dasselbe aus demselben der Klage untergelegten Klaggrunde sich ergeben muß, mithin nie eine Veränderung desselben beabsichtigen durfte; 3. und daß es nur unter diesen Bedingungen gestattet sey, dieses neue Vorbringen auch durch einen neuen Beweis darzuthun.

Diese Verfügungen sind denn auch in den meisten Provincial-Proceßordnungen, bei denen man überhaupt gewöhnlich die Cammergerichtsordnung zum Grunde legte, beibehalten worden.

Dagegen ist es aber immer eine sehr streitige Frage geblieben: ob das Beneficium novorum die Befugniß in sich schließe, daß es dem Appellanten verstattet werden könne, auch nach Ablauf der Beweisfrist, neue Beweismittel in dieser zweiten Instanz vorzubringen, um durch dieselben einen neuen Beweis zu führen, oder den bereits in erster Instanz versuchten Beweis zu ergänzen?

Der jüngste Reichsabschied von 1654. §. 73., knüpft, ohne von dem Innehalten eines Beweistermins Etwas zu sagen, oder der Wirkungen der vorausgegangenen Desertion desselben, oder einer ausgesprochenen Präclusion mit dem Beweise zu gedenken, lediglich und allein die Zulässigkeit des beneficii novorum an die Ausschwörung eines, von ihm sogenannten Appellationseides, in-

dem er verfügt, daß der Producent zu schwören schuldig seyn solle: "daß er seines angegebenen neuen An= und Vorbringens, in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches Alles zur Erhaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig sey."

Und dieses Stillschweigen des Reichsabschiedes über die Einwirkung einer stattgefundenen Desertion des Beweistermins oder einer Präclusion mit dem Beweise, hat nun über jene Einwirkung, so wie solche neben dem ausgeschworenen Appellationseide statt finden müsse, unter den Rechtslehrern sehr verschiedene Ansichten erzeugt.

Einige[3]) nehmen gar keine Rücksicht auf jene Desertion oder Präclusion, weil die Zulässigkeit des beneficii novorum lediglich und allein durch die Ausschwörung jenes vorgeschriebenen Appellationseides bedingt sey, es mithin auf den Beweistermin, also auch weder auf den Ablauf desselben, noch auf die geschehene Präclusion mit dem Beweise ankommen könne.

Andere[4]) unterscheiden, ob der Producent wirklich innerhalb des ihm von dem Unterrichter gesetzten Beweistermines, den Beweis in erster Instanz angetreten habe, oder ob er solches nicht gethan, vielmehr der Beweis für desert erklärt, oder der Producent mit demselben präcludirt worden

3) Feischel D. de beneficio probandi secundae instantiae. cap. VII. §. 46. fgg. Gasser de beneficio n. d. d. et n. p. p. Hal. 1722. §. 14. fgg. Gönner Handbuch. Bd. III. nro. LX. §. 16. v. Almendingen kleine jurist. Schriften. Bd. IV. S. 210.

4) Hulder. ab Eyben Opp. p. 444. §. 21. ab Engelbrecht Observ. select. forens. nro. 59. Martin Lehrbuch des Processes. §. 292. Anm. f.

worden sey? Nur in dem erstern Falle geben sie dem Producenten die Befugniß, auch noch, nach Ablauf des Beweistermins seinen in erster Instanz für verfehlt erklärten Beweis in der zweiten durch neue Beweismittel (jedoch mit einiger Beschränkung des Zeugenbeweises) noch zu ergänzen, wollen diese Befugniß jedoch dem Producenten im letztern Falle versagen, indem sie annehmen, daß die angezogene Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds unmöglich auf den Fall anzuwenden sey, wenn dem Producenten die Desertion der Beweisfrist oder die Präclusion mit dem Beweise, entgegenstehe, weil er dann, seiner Nachlässigkeit wegen, keine Begünstigung verdiene.

Sie beschränken diese letztere Annahme jedoch wieder dahin, daß sie in diesem letztern Falle den Producenten dennoch mit dem in zweiter Instanz angebotenen Beweise zulassen, wenn er gegen die Desertion oder Präclusion eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erbeten oder erwirkt haben würde.

Noch andere[5]) erkennen es an, daß nach dem jüngsten Reichsabschiede auf die Desertion und Präclusion keine Rücksicht genommen werden könne, und daß mithin ebensowenig auf den Ablauf des von dem Richter erster Instanz festgesetzten Termins zu sehen sey. Dagegen aber soll den Producenten die Desertion des Beweistermins allerdings verhindern, sich des beneficii novorum zu bedienen, wenn ein Provincialgesetz ausdrücklich einen peremtorischen Beweistermin festgesetzt habe.

Um diese einander widersprechenden Ansichten zu prüfen, werden folgende Fragen einer nähern Untersuchung bedürfen:

5) Mevii Descis. P. II. dec. 235. Geo. Lud. Boehmer Princip. jur. can. Ed. VI. §. 840.

I. In welchen Fällen läßt sich bei dem beneficio non deducta deducendi et non probata probandi eine Einwirkung der Desertion des Beweistermins und der Präclusion mit dem Beweise, überhaupt als möglich denken?

II. Hat der jüngste Reichsabschied auch noch neben der Bedingung der Zulässigkeit des beneficii durch die Ausschwörung des Appellationseides, eine solche Einwirkung auf dasselbe gestattet?

III. In wiefern würden jene Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds durch die provincialrechtliche Festsetzung einer peremtorischen Beweisfrist abgeändert worden seyn?

§. 2.

I. Frägt es sich, in welchen Fällen sich bei dem beneficio non deducta deducendi et non probata probandi eine Einwirkung der Desertion des Beweistermines und der Präclusion mit dem Beweise überhaupt als möglich denken lasse? — eine Frage, deren Erörterung für die einzelnen Möglichkeiten, der Natur der Sache nach, nothwendig ganz verschiedene Ergebnisse hervorbringen muß — so ist dieselbe von keinem der aufgeführten Rechtslehrer ins Auge gefaßt worden, und daher kann es nicht fehlen, daß manche ihrer aufgestellten Sätze eine bedeutende Beschränkung erleiden müssen, möchten sie auch an und für sich noch so wahr und richtig seyn.

Durch das beneficium non deducta deducendi et non probata prodandi kann nämlich bezweckt werden:

a) Eine neue Deduction der bereits in den bisherigen Verhandlungen liegenden Merkmale, um aus ihnen die Rechtmäßigkeit des Anspruchs und die Verletzung darzuthun, welche demjenigen, der sich dieses beneficii bedient hat, das beschwerende Urtheil zufügte.

In diesem Falle kann von einer Einwirkung der Desertion oder Präclusion mit der in erster Instanz versäumten Deduction nicht die Rede seyn, weil der Richter ohnehin auf den Grund jener Merkmale hätte erkennen müssen, wenn auch die Parthei aus denselben keine besondere Ausführung ihrer Rechte vorgenommen haben würde.

b) Oder die Anführung eines zwar auf das Klagfundament sich beziehenden, aber noch nicht vorgebrachten Thatumstandes, und die Angabe der Beweismittel, um solchen darzuthun, und dadurch das Gewicht des Anspruchs besser zu begründen.

Hierbei lassen sich vorzüglich folgende Fälle als möglich denken.

aa) Der Kläger hat seine Klage auf einen Hauptumstand gegründet, ist aber mit dem Beweise desselben desert geworden, oder präcludirt.

Dann kann diese Präclusion dem Beweise eines Nebenumstandes, falls er nur nicht als neuer Klaggrund in die Stelle des alten, den die Desertion oder Präclusion getroffen hat, treten soll, als in welchem Falle das beneficium unstatthaft seyn würde, nicht von Nachtheil seyn.

bb) Der Kläger hat den Hauptumstand zum Theil erwiesen, und bringt jenen neuen Nebenumstand zur Vervollständigung des Beweises, z. B. durch Vermuthungen, — und zugleich die Beweismittel darüber bei.

Dann kann gleichfalls nicht von einem Ablaufe der Beweisfrist die Rede seyn, weil für den Nebenumstand eine andere Beweisfrist läuft, als solche in Betreff des Hauptumstandes lief.

Diese Entscheidung dieser beiden Fälle (aa. und bb.) ist die unmittelbare Folge aus der gesetzlichen Erlaubniß, geeignete Nova in der zweiten Instanz aufstellen zu dürfen; denn, wenn die Aufstellung derselben erlaubt ist, so muß auch der Beweis derselben verstattet seyn, weil der Kläger durch deren Aufstellung nichts gewinnen würde, sobald der Gegner die Nova ohne weiteres in Abrede stellte.

cc) Der Producent hat zwar die zu beweisende Thatsache in erster Instanz aufgestellt, aber den Beweis derselben binnen der gehörigen Frist nicht angetreten, oder ist mit demselben präcludirt.

Dann würde diese Desertion und Präclusion in der zweiten Instanz, nach allgemeinen Proceßgrundsätzen allerdings gegen ihn geltend gemacht werden können, wenn eine peremtorische Beweisfrist existiren, und er nicht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erwirkt haben würde.

dd) Der Producent hat die zu beweisende Thatsache in erster Instanz aufgestellt, und den Beweis derselben ordnungsmäßig angetreten, seine Beweisführung ist aber für verfehlt erklärt; und er sucht nun jene Thatsache durch neue Beweisführung in zweiter Instanz darzuthun.

Auch in diesem Falle würde eine peremtorische Beweisfrist (insofern eine solche statt fand) und deren Ablauf gegen ihn geltend gemacht werden können, falls er keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen dieselbe erwirkt haben würde.

ee) Der Beklagte sucht sich gegen die Ansprüche des Klägers in zweiter Instanz durch neue, zur Ausführung in derselben geeignete Einreden zu schützen, und diese zu beweisen.

Sind dieses nicht solche privilegirte Einreden, die in jeder Lage des Processes zulässig sind, so kann ihm allerdings die gesetzliche oder gerichtliche Präclusion mit denselben entgegengesetzt werden.

Die Entscheidung dieser letztern drei Fälle (cc. dd. ee.) setzt nämlich voraus, daß ihrer Natur nach, allerdings eine Präclusion möglich war, insofern das Gesetz eine peremtorische Frist zur Einbringung sämmtlicher Einreden oder sämmtlicher Beweismittel, und zur Führung des Beweises selbst, festgesetzt, oder dem Richter festzusetzen, es verstattet hat.

Mithin giebt die Aufzählung dieser möglichen Fälle, die sich nach Beschaffenheit der Lage jedes einzelnen Rechtsstreits noch vermehren lassen, und deren Bezweckung durch das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi, das Resultat: daß diejenigen Fälle sorgfältig zu unterscheiden sind, bei welchen, ihrer Natur nach, eine Einwirkung der Desertion oder Präclusion denkbar ist, oder nicht; und daß mithin bei allen solchen Novis, wobei eine solche Einwirkung nicht möglich ist,[6]) auch von keinen Wirkungen einer Desertion oder Präclusion die Rede seyn kann.

Dagegen wird aber nun ferner zu untersuchen seyn, in wiefern, den positiven Gesetzen nach, die De-

6) Hieher gehört auch der Fall, wo von der Parthei, ohne daß eine Beweisfrist vorgeschrieben war, ein anticipirter Beweis angetreten, und dieser für verfehlt erklärt wurde.

sertion oder Präclusion bei dem Anführen derjenigen neuen Thatsachen oder der Ausführung derjenigen neuen Beweise, welche, allerdings, ihrer Natur nach, einer Einwirkung derselben unterliegen können, von Wirksamkeit sey, und frägt es sich daher:

§. 3.

II. Ob der jüngste Reichsabschied eine solche Einwirkung, auch noch neben der Bedingung der Zulässigkeit des beneficii novorum durch die Ableistung des Appellationseides, auf dasselbe gestattet hat?

Das römische Recht, welchem, wie oben bemerkt worden ist, das beneficium novorum seinen Ursprung verdankt, kennt keinen peremtorischen Beweistermin, und zwar einen solchen, so wenig seiner Eigenschaft nach (als präjudicielle Frist im Allgemeinen) als seiner Zeitdauer nach (als präjudicielle Frist von bestimmter Dauer.) [7])

Die Beweise, welche zugleich mit dem Vortrage der Thatsachen verbunden werden mußten, konnten vielmehr bis zu dem nächsten Endurtheile beigebracht werden. [8])

7) Solches ist gegen Leyser Med. ad Pand. sp. 258. med. 2. auf das bündigste erwiesen von J. H. Boehmer Jus Eccl. Protest. L. II. tit. 19. §. 13. Koch D. de initio termini probat. Giess. 1785. §. 4. Gönner Handb. Th. II. nro. XXXVII. Martin Lehrbuch des Processes §. 183. Gensler Commentar zu Martin, ad §. 170 — 174. nro. III. Linde Proceß. §. 293.

8) c. 4. C. VIII. 36. de except. c. 14. C. IV. 20. de testib. Schweppe römische Rechtsgeschichte. §. 571.

Das römische Recht gestattete daher, die mit diesem beneficio vorzubringenden neuen Beweise, ohne alle Rücksicht auf irgend einen Beweistermin, mit den in der Appellationsinstanz vorgebrachten neuen Thatsachen zu verbinden. [9])

Auch das canonische Recht gestand gleichfalls dem Producenten die Befugniß zu, in der zweiten Instanz neue Thatsachen oder Beweise vorzubringen, [10]) und zwar ohne Rücksicht auf irgend einen Beweistermin, da ihm ein peremtorischer gleichfalls unbekannt war; [11]) ja dieses selbst ohne eine Bescheinigung oder einen Eid, daß die neuen Gründe oder Beweismittel erst jetzt entdeckt seyen, zu verlangen. [12])

Die erste Cammergerichtsordnung vom Jahre 1500, Art. XV. §. 9 und 10 bestätigte die Befugniß des Appellanten, neue Thatsachen und Beweise vorzubringen, ohne alle Beschränkung; wobei es gleichfalls nicht außer Acht gelassen werden darf, daß diese und alle übrigen gleich namhaft zu machenden Reichsgesetze, bis auf den jüngsten Reichsabschied einschließlich, keinen peremtorischen Beweistermin kennen; [13]) ja dieses nicht einmal in so fern, daß die vom Richter in einem Beweisinterlocut vorgezeichnete Beweisfrist sofort peremtorisch seyn solle, so

9) c. 6. §. 1. C. VII. 62. de appellat. c. 4. C. VII. 63. de tempor. et repar. apell.

10) Clement. 5. (II. 2.) de appellat.

11) J. H. Boehmer a. a. O. Koch a. a. O.

12) Solches ist gegen Danz ord. Proceß. §. 416. durch von Gönner Handbuch Bd. III. nro. LX. §. 10. dargethan.

13) Boehmer, Koch, Martin a. a. O.

daß es auch hier bei der Regel blieb, daß erst das dritte Decret peremtorisch werden sollte. [14])

Ein Gleiches geschah durch die zweite Cammergerichtsordnung vom Jahre 1507, Abs. XXXVI. Art. 3. §. 11. fgg; doch verfügte sie ganz im Allgemeinen im Art. 1. §. 5., daß bei der Rechtfertigung der Appellation ein allgemeiner Eid vor Gefährde, jedoch nur, wenn die eine oder andere Parthei solches verlangen würde, ausgeschworen werden solle. Dieser Eid war also bis dahin der eigentlich sogenannte Appellationseid nicht, wie sich solches noch deutlicher aus der Cammergerichtsordnung von 1555. Thl. III. Tit. 32. §. 6. ergiebt, worin es heißt: "Vnd soll alsbald darauf das juramentum calumniae auff der Partheyen oder ihr einer Begehren, vnangesehen, obgleich solcher eid in erster Instanz auch geschehen, geschworen werden."

Daß durch diese Cammergerichtsordnung von 1555, der Umfang des beneficii novorum genauer bestimmt worden ist, als durch das römische Recht, ist oben bereits bemerkt worden; aber in Hinsicht der Ausübung dieses beneficii hat auch dieses Gesetz keine weitere Bestimmung gegeben.

Merkwürdig ist es nun, daß das Cammergericht durch einen Gemeinen Bescheid vom 13. Dec. 1593. die solchergestalt unbeschränkt gebliebene Beibringung der Novorum einigermaßen dadurch bedingen wollte, daß der Appellant außer den Beschwerden auch besonders anzeigen solle, was er ferner, als zuvor geschehen, und welcher Gestalt er von Neuem zu beweisen begehre, "sonsten die Gravamina nicht zugelassen werden sollten"; [15]) indessen wurde dieser Gemeine Bescheid durch den Deputationsschluß

14) Gensler zu Martin, a. a. O.

15) Bergmann Corpus jur. judiciar. academic. S. 261.

schluß von 1600. §. 114. wieder aufgehoben und cassirt, also die unbeschränkte Zulässigkeit des neuen Vorbringens wiederholt anerkannt.

Dagegen geschah ein näherer Schritt zur Beschränkung des neuen Vorbringens in dem Concept der verbesserten Cammergerichtsordnung vom Jahre 1613, in welchem zwar jener Eid ebenfalls noch als ein juramentum calumniae vorkömmt, welches auf der Partheien oder einer derselben Begehren ausgeschworen werden soll, indessen die Formel derselben schon bestimmter, als auf das neue Vorbringen bei Appellationen gerichtet erscheint. Es heißt nämlich in dieser Formel:[16]) "Daß sie — schwören sollen, daß sie — von ihrem neuen Vorbringen, so ihnen bereits bei Ablegung des Eids vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchte, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselben dazumal einzubringen nicht vermocht, oder vor undienlich und unnöthig gehalten, nunmehr aber dafür halten, daß es zur Erhaltung des Rechtens dienlich sey."

Indessen trat die wirkliche Beschränkung des neuen Vorbringens oder die Bestimmung einer Bedingung, an welche die Zulässigkeit desselben geknüpft wurde, erst durch den jüngsten Reichsabschied von 1654 ein; wiewohl auf eine andere Art, als man solches nach der Fassung der übrigen, in denselben enthaltenen Verfügungen hätte erwarten sollen.

Eben so gerecht, als zur Verbesserung der Rechtspflege angemessen, bestimmte nämlich dieses Reichsgesetz eine peremtorische Frist in Hinsicht der Einreden, indem es verfügte, daß dieselben bei Strafe ihres Verlusts mit der

16) Concept der C. G. O. Thl. III. Tit. 38. §. 15.

Litiscontestation vorgeschützt werden sollten; [17]) bestimmte es ferner, daß die präjudiciellen Fristen, welche durch den Richter vorgeschrieben würden, sub poena praeclusionis eingehalten werden sollten, so wie die Folgen dieser Präclusion; [18]) und so hätte man billig erwarten dürfen, daß auch die Zulässigkeit des neuen Vorbringens an jene Bestimmungen über Desertion und Präclusion gebunden wären.

Dieses geschah aber keineswegs, vielmehr wurde nur der in der Appellationsinstanz übliche, früher bloß von dem Begehren der Partheien abhängige Eid vor Gefährde, von diesem Begehren unabhängig gemacht, und in einen förmlichen, nun so genannten Appellationseid umgeschaffen, welcher von dem Appellanten im ersten Termine, sub poena desertionis nothwendig ausgeschworen werden mußte. In Bezug auf das beneficium novorum blieb dagegen die Eidesformel im Ganzen diejenige, wie sie in dem Concepte der Cammergerichtsordnung gegeben war, nämlich: "daß Appellant von seinem neuen Vorbringen novorum deducendorum, so ihm bereits bei Ablegung des Eids vorkommen möchten, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, nunmehr aber dafür halte, daß die ihm zu Behaltung des Rechts dienlich sey." [19])

Außerdem wurde verfügt: "Wie ebenmäßig bei dem Ausschlag des Deputationsabschiedes von 1600, und daselbst angezogener Ordnung P. III. tit. 33. nochmalen bewenden; also daß in dieser Instanz nicht allein, nach Ausweis gemein beschriebener Rechten, was in priori instantia nicht vorgekommen oder deducirt wor-

17) J. R. A. §. 38. 78.

18) Ebendas. §. 97.

19) Ebendas. §. 118.

den, de novo zu deduciren, und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht, ferner und besser zu beweisen, verstattet werden solle; jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit, daß Appellant bei Einführung des Processes sich zum Aid erbieten und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig seyn solle, daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches alles zur Behaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig sey. Gleiche Meinung hat es mit dem Appellaten, wenn derselbe in zweiter Instanz etwas neues vorbringen wollte." [20])

Da mithin dieses Gesetz in Hinsicht der Zulässigkeit des neuen Vorbringens auf die gemein beschriebenen Rechte, also das römische und canonische Recht verwies, und außer den in denselben aufgestellten Bedingungen, jene Zulässigkeit lediglich und allein von der Ausschwörung des Appellationseids abhängig machte, so folgt hieraus ganz klar, daß auf eine mögliche Einwirkung der Desertion des Beweistermins, oder der Präclusion mit dem Beweise ganz und gar keine weitere Rücksicht genommen ist. Um so unbezweifelbarer nämlich ist dieser Sinn des jüngsten Reichsabschieds, weil die Desertion des Beweistermines nichts releviren kann, da das gemeine Recht, auf welches er ausdrücklich verwiesen hat, sey es das römische oder das canonische oder die frühere Reichsgesetzgebung, nach den obigen Ausführungen, keinen peremtorischen Beweistermin, weder der Eigenschaft, noch der Zeit nach kennt, und weil die Präclusion bei dem Mangel einer, selbst ihrer Eigenschaft nach, peremtorischen

20) J. R. A. §. 73.

Beweisfrist gleichfalls für wirkungslos gehalten werden muß, auf jeden Fall aber durch den angeführten §. 73. dadurch für wirkungslos erklärt worden ist, daß in demselben nicht auf den §. 97. über die Folgen der Präclusion, und noch weniger auf die §§. 38. und 78 zurückgewiesen worden ist. Von Gönner bemerkt daher eben so treffend als wahr: "Man muß das traurige Geständniß machen, daß sich die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds nicht gleich blieben, daß sie in der Fassung des Appellationseides mit der einen Hand alles wieder zerstört haben, was sie [nämlich durch die Bestimmungen über Verlust der Einreden und Wirkungen der Präclusion] mit der andern zum wahren Vortheil des Justizwesens, so schön aufgebauet hatten, daß sie mit dem Appellationseide der Chicane ein allzuweites Feld eröffneten. Es ist Inconsequenz in den Gesetzen, die aber keinen Diener des Gesetzes zur Abweichung von den Gesetzen berechtigt, und der theoretisch richtige Satz [nämlich über die Wirkungen der Desertion und Präclusion] verliert allen practischen Werth, sobald der Appellant den bequemen Appellationseid schwört, der sogar darauf Rücksicht nimmt, was eine Parthei auszuführen für dienlich erachtete."

Ist das eben Ausgeführte also der wahre Verstand des bestrittenen §. 73. des jüngsten Reichsabschieds, so fallen alle Limitationen der obenbemerkten Proceßlehrer, welche die Zulässigkeit des neuen Vorbringens, neben der Ausschwörung des Appellationseides, auch noch von einer noch nicht eingetretenen Desertion des Beweistermins, von der noch nicht erfolgten Präclusion des Appellanten mit dem Beweise, oder von dem geschehenen Antritte einigen Beweises in der ersten Instanz, abhängig machen wollen, als unbegründet und unhaltbar hinweg, und es bleibt vielmehr als unerschütterlicher Grundsatz bestehen, daß den Vorschriften des jüngsten Reichsab-

schiedes zufolge, in zweiter Instanz, ohne alle Rücksicht auf Desertion des Beweistermins oder auf Präclusion, neue Beweismittel beigebracht und ausgeführt werden können, falls nur von dem Producenten beschworen wird, daß er dieselben in erster Instanz nicht gekannt, oder beizubringen für nicht nöthig erachtet habe.

§. 4.

III. Es frägt sich nun weiter: inwiefern jene Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds durch eine provincialrechtliche Festsetzung einer peremtorischen Beweisfrist abgeändert seyn würden?

Daß durch die Provincialgesetzgebung in Deutschland die Vorschriften der Reichsproceßgesetze abgeändert werden konnten, ergeben nicht nur die bekannten Grundsätze über das Verhältniß der Provincialrechtsquellen gegen die Reichsgesetzgebung bei Verhältnissen des Privatrechts, sondern auch die vielen Provincialproceßordnungen, worin solches, namentlich in Bezug auf das beneficium novorum, geschehen ist.[21])

Wenn nämlich, wie oben ausgeführt worden ist, die Verfügung des jüngsten Reichsabschieds §. 73, in Betreff der Zulässigkeit des beneficii novorum, lediglich und allein auf das römische und canonische Recht und auf die frühere Reichslegislation verwiesen hat, welche keine peremtorische Beweisfrist, weder ihrer Eigenschaft, noch ihrer Zeit nach, kannten; wenn dieselbe ferner auf die über die Desertion und Präclusion von ihr selbst aufgestellten

21) Eine Aufzählung derselben s. in Mittermaier: Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß. Beitrag III. (1823) S. 58. — 60.

Grundsätze nicht zurückwies, sondern inconsequenter Weise jene Zulässigkeit allein von der Ausschwörung des Appellationseides abhängig machte, so war die Territorialgesetzgebung wohl befugt, jene Inconsequenz zu heben, und durch die gesetzliche Bestimmung einer peremtorischen Beweisfrist das Vorbringen neuer Beweismittel in der zweiten Instanz mittelbar von der Bedingung, daß jener Beweistermin eingehalten worden sey, auch noch neben der Ausschwörung des Appellationseides abhängig zu machen.

Dieses ist denn auch von Mevius und G. L. Böhmer in den oben angeführten Stellen behauptet worden, indem sie den gemeinrechtlichen Standpunct, so wie er durch das römische und canonische Recht und durch die Reichslegislation aufgestellt worden war, verlassend, angenommen haben: beneficium novae probationis excludi per terminum probatorium, lege provinciali praefixum. Auffallend ist es dagegen, daß sie diesen gewiß an und für sich sehr richtigen Satz, zu gleicher Zeit wieder dahin beschränkt haben: Id quod tamen de termino probatorio, a judice primae instantiae definito, dici nequit.

Jene Beschränkung ist nämlich, wenigstens in der Allgemeinheit, wie jener Satz aufgestellt worden ist, schwerlich haltbar.

Ist nämlich durch ein Provincialgesetz eine peremtorische Beweisfrist vorgeschrieben, so kann solches auf eine zwiefache Weise geschehen seyn.

Einmal dadurch, daß diese Beweisfrist auch in Hinsicht der Zeitdauer vorgeschrieben ist, z. B. binnen sechs Wochen peremtorischer Frist; oder dadurch, daß nur die Eigenschaft der Beweisfrist als peremtorisch anerkannt worden ist; z. B. durch den allgemeinen Satz: die Beweisfrist ist präju-

diciell oder *peremtorisch*, wogegen die Bestimmung *der Zeitdauer* derselben dem Richter selbst überlassen wurde.

Im ersten Falle ist es unbestreitbar, daß jener Beweistermin auf das beneficium novorum sofort einwirken muß, so daß nach Ablauf desselben, seiner *Zeitdauer* nach, ohne daß es einer Annahme des abgelaufenen Termins abseiten des Gegners bedürfen kann, die Desertion des Termins ipso jure eintritt, und die neu vorgebrachten Beweise, sich ipso jure als unstatthaft darstellen; im letzteren Falle aber wenigstens so viel gewiß, daß falls das Gesetz die Beweisfrist nur ihrer *Eigenschaft* nach für peremtorisch erklärt, die Bestimmung *der Zeitdauer* aber dem Ermessen des Richters überlassen hat, die richterliche Bestimmung der Zeitdauer eben so angesehen werden muß, als wenn das Gesetz selbst auch die Zeitdauer ausdrücklich vorgeschrieben hätte, und mithin eben so peremtorisch und bindend seyn muß, als die *gesetzlich* bestimmte Zeitdauer, so daß nach Ablauf jener richterlich bestimmten Frist gleichfalls die Desertion des Beweistermins, ohne daß es einer Annahme dieses Ablaufs auf Seiten des Producten bedurfte, nach sich ziehen und die neuen Beweise als unzulässig darstellen muß.

Und nur dann würde in dem letztern Falle eine Ausnahme von dieser Regel zu machen seyn, wenn das Provincialgesetz zwar den Beweistermin *seiner Eigenschaft* nach für präjudiciell erklärt, dagegen aber im allgemeinen bestimmt haben würde, daß alle präjudiciellen Fristen, deren Bestimmung *der Zeitdauer* nach, dem richterlichen Ermessen überlassen worden seyen, nur dann ihre volle peremtorische Wirkung äußern sollten, wenn der Gegner den Ablauf der von dem Richter festgesetzten Zeitdauer, acceptirt und accusirt haben würde, so daß *vor* deren Accusation und Acceptation noch immer eine purga-

tio morae zulässig sey.

Hieraus ergiebt sich denn gleichfalls auch die Unhaltbarkeit der Gründe, welche Mevius und Böhmer für ihre angenommene Beschränkung aufgestellt haben.

Mevius giebt nämlich als Grund an, weil die termini legales strenger beobachtet werden müßten, als die termini judiciales, erklärt sich aber nicht darüber, warum solches geschehen müsse, wenn die Beweisfrist selbst durch das Gesetz für peremtorisch erklärt ist; und ist daher insofern als widerlegt anzusehen, als er schwerlich den Fall im Auge gehabt haben kann, daß das Provincialgesetz die vollen Wirkungen der Peremtion noch von einer Acception abseiten des Producten abhängig gemacht haben könnte.

Böhmer stützt dagegen seine Beschränkung darauf, daß sich die vom Richter erster Instanz vorgeschriebene Beweisfrist nur auf die erste Instanz beziehe, qui (terminus) ad instantiam pertinet. Aber dieser Grund ist gewiß unpaßlich, denn, wenn die peremtorische Kraft des Beweistermins der Eigenschaft nach, ausgesprochen, und dem Richter der ersten Instanz, gesetzlich das Recht zugestanden ist, die Zeitdauer sub praejudicio praeclusionis zu bestimmen, und die Präclusion auszusprechen, so ist nicht wohl abzusehen, warum diese Präclusivkraft nur innerhalb der Grenzen der ersten Instanz wirksam, und ihre Wirksamkeit sich nicht auch in allen übrigen Instanzen äußern sollte. Zu geschweigen, daß jene Böhmer'sche Behauptung jeder vernünftigen Rechtspflege widerstreiten und zum größten Verschleife der Processe in den höhern Instanzen gereichen würde.

Jene Beschränkung würde sich mithin allenfalls nur für die Möglichkeiten rechtfertigen lassen:

a) wenn ein Provincialgesetz eine bestimmte räumlichere peremtorische Frist, auch ihrer Zeitdauer nach,

nach, festgesetzt hätte, als der Unterrichter in seinem Erkenntnisse vorgeschrieben hätte:

b) wenn die Provincialgesetzgebung ganz und gar keine peremtorische Beweisfrist ratione qualitatis et temporis kennen, es mithin bei den gemeinrechtlichen Bestimmungen geblieben seyn sollte, und der Richter eine solche Präjudicialfrist nur allein aus der allgemein ihm inwohnenden richterlichen Gewalt bestimmt hätte;

c) wenn durch die Provicialgesetzgebung zwar die peremtorische Eigenschaft der Beweisfrist anerkannt; jedoch die Wirkung derselben, bei der durch den Richter festgesetzten Zeitdauer, von einer Acception des Producten, daß solche Zeitdauer von dem Producenten unbenutzt versäumt sey, abhängig gemacht seyn würde;

keineswegeſ aber für den Fall gelten können, wo das Gesetz die Beweisfrist zwar ihrer Eigenschaft nach für präjudiciell und peremtorisch erklärt, die Bestimmung der Zeitdauer derselben, aber im Allgemeinen und ohne weitere Bedingung für den Eintritt der peremtorischen Wirkung, dem Ermessen des Richters überlassen haben sollte.

---

§. 5.

Nach dieser vorausgeschickten Erörterung, wird nun in Bezug auf die vaterländische Gesetzgebung zu untersuchen seyn:

Ob die Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds, namentlich durch die vaterländische Gesetzgebung modifi-

cirt sind, und in wie weit solches geschehen ist?

Um diese Frage gehörig prüfen zu können, ist die in Betreff der Untergerichte bestehende Gesetzgebung, von derjenigen, welche bei den Mittelgerichten, und endlich bei dem Oberappellationsgerichte eintritt, wohl zu unterscheiden.

I.

Die früher bestehenden processualischen Normen bei den so verschiedenartigen Untergerichten des Königreichs, können hier um so mehr mit Stillschweigen übergangen werden, nach dem unter dem 5 October 1827, eine allgemeine Proceßordnung für sämmtliche Untergerichte aller Provinzen des gemeinen Rechts, mit einstweiliger Ausnahme von Ostfriesland und Lingen, in welchen einstweilen noch die Preußische Proceßform beibehalten wurde, erlassen ist.

Diese Untergerichtsordnung gedenkt des beneficii novorum nur bei der Supplicationsinstanz,[22]) ohne den Begriff und den Umfang desselben näher zu bestimmen, läßt es also in Bezug auf diese Begriffsbestimmung lediglich bei dem gemeinen Rechte; dagegen ist das beneficium novorum in der Appellationsinstanz um deswillen nicht erwähnt, weil es in dieser Hinsicht keiner den Untergerichten zu ertheilenden Vorschrift bedurfte, vielmehr die Frage über die Zulässigkeit desselben lediglich dem Ermessen der Justizcanzleien, zu entscheiden überlassen werden mußte, und diese bei jener Entscheidung sich an die ihnen speciell ertheilten gesetzlichen Vorschriften zu halten haben.

22) §. 251.

Dagegen ist es aber bemerkenswerth, daß die Untergerichtsordnung den Beweistermin und die Beweisfrist, ihrer Eigenschaft nach, für so peremtorisch[23]) erklärt, daß, wenn gleich die Bestimmung der Zeitdauer, dem richterlichen Ermessen überlassen ist,[24]) die unterbliebene Antretung des Beweises in demselben, oder innerhalb der Frist, auch ohne vorgängige Ungehorsamsanschuldigung von Seiten des Gegners, den Verlust des Beweises zur Folge hat.

Es folgt also hieraus, daß in Gemäßheit der oben unter III entwickelten Grundsätze, ein Vorbringen neuer Beweise, in der Appellationsinstanz, sich nach geschehener Desertion des in erster Instanz festgesetzten Beweistermins, immer in so fern als unzulässig darstellt, und insofern auf das beneficium novorum von den Justizcanzleien keine Rücksicht genommen werden kann, als nicht zuvor eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf jener Beweisfrist erbeten und gestattet worden ist.

II.

Von ganz verschiedenen Ansichten sind dagegen die den Mittelgerichten vorgeschriebenen Proceßordnungen ausgegangen.

1. Nach der Hildesheimischen Hofgerichtsordnung[25]) ist die Beweisfrist ipso jure zerstöhrlich, so daß der Beweis nach Verlauf der Beweisfrist, als erloschen angesehen wird, ohne daß es einer Ungehorsams-

23) §.65.

24) §. 31.

25) Tit. XVIII. §. 1. Tit. XXI. §. 1. Vergl. Gem. Bescheid der Justizcanzlei zu Hildesheim vom 7. Aug. 1816. §. 6.

beschuldigung des Gegentheils bedürfte. Dagegen äußert sie sich über das beneficium novorum selbst nicht.

Nach den in Betreff der Untergerichte ausgedrückten Grundsätzen, würde daher das mit einer Appellation an das höchste Landesgericht, gebrachte beneficium novorum stets als unstatthaft zurückgewiesen werden müssen, wenn mittelst desselben, nach erfolgter Desertion des Beweistermins, neue Beweise in der dritten Instanz vorzubringen, versucht seyn würde.

2. Die Calenbergische Canzleiordnung verfügte, daß sämmtliche Einreden bei Strafe des Verlusts derselben, wenigstens mit der Litiscontestation vorzubringen seyen,[26]) und daß zur Beweisführung ein gewisser, dem Ermessen des Richters überlassener Termin "so gleichfalls jeder Zeit praejudicialis seyn soll, angesetzt, das Beweisthum sub poena praeclusionis binnen solcher Zeit geführet, und sothaner terminus ohne Beibringung rechtlicher Hindernisse nicht prorogirt werden" soll.[27]) Sie bestimmt ferner über die Wirkung präjudicieller Termine, daß wenn dieselben nicht eingehalten würden, dem Gegner ein jus quaesitum zustehen "und auf gebührendes Anrufen stracks in contumaciam verfahren werden solle".[28]) Und besagt endlich über das beneficium novorum selbst folgendes: "Und weilen das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi manchesmal zu vorsätzlicher Verlängerung des Processes mißbraucht, und um deswillen zu gefährlicher Aufschub der Sachen in der ersten Instanz ganz schläferig die Nothdurft tractirt wird, so ordnen und wollen Wir, daß zwar in der Appellations- und

26) Tit. XII. §. 1 — 4.

27) Tit. XIX. §. 1.

28) Tit. XI, §. 2.

Supplicationsinstanz nicht allein, was in erster Instanz nicht deduciret oder vorgekommen, von neuem zu deduciren und beizubringen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht worden, ferner und besser zu beweisen verstattet werden solle, jedoch mit dieser Maaße und Bescheidenheit, daß nicht allein der Appellant nach Anleitung des jüngsten Reichsabschieds de anno 1654 §. Wie ebenmäßig, bei Einführung der Appellation, sondern auch der Supplicant bei einbringender Justification sich zum Eide erbieten, und denselben auf Anhalten des Gegentheils oder des Richters Gutbefinden und Erkenntniß dergestalt zu leisten, vor allen Dingen schuldig seyn solle: daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dasmal nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich und nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechten, dienlich und nothwendig sey. Wollte aber ein Supplicant oder Appellat nur über dasjenige, so in voriger Instanz allbereit eingekommen, die unterlaufene Umstände der Sachen lassen vorstellen, und desfalls ein mehrers ausstellen und beweisen; soll ihnen auch, ohne jetzt erwähnte Eidesleistung solches zu thun, unbenommen bleiben". [29])

Da dieses Gesetz den Beweistermin zwar an und für sich und seiner Eigenschaft nach, für peremtorisch erklärt, die Zeitdauer der Beweisfrist aber zu bestimmen, dem Richter überlassen hat, dann aber die allgemeine Vorschrift giebt, daß alle präjudiciellen Termine erst dann die volle Wirkung der Peremtion haben sollen, wenn der Gegner den Ablauf derselben acceptirt, oder accusirt haben würde, [30]) so würde nach dem Buchstaben desselben,

29) Tit. XXX. §. 9. 10.

30) Strube rechtl. Bedenken. Bd. V. Bed. iii. — (meiner Ausg. nro. 698.)

nicht die bloße Desertion, sondern nur die, accusata contumacia, wirklich ausgesprochene Präclusion mit dem Beweise, das Vorbringen neuer Beweise in der Appellationsinstanz unstatthaft machen, mithin jenes Erbieten zum neuen Beweise immer insofern noch zulässig seyn, als daneben der hier bezeichnete Appellationseid, wenn er nicht, wie jedoch geschehen (S. unten zu nro. 6.) aufgehoben wäre, ausgeschworen seyn würde. Dagegen ist aber zu bemerken, daß eine constante Praxis der Justizcanzlei zu Hannover, in neuern Zeiten stets angenommen hat, daß selbst die dem richterlichen Ermessen zu bestimmen überlassene Beweisfrist, dermaaßen peremtorisch sey, daß ihre bloße Desertion, den Beweisführer mit dem Beweise ausschließe, ohne daß es einer Acception oder einer accusatio contumaciae von Seiten des Gegners bedürfe. *)

3. Die Cellische Canzleiordnung schreibt in Bezug auf den Beweistermin [31]) wörtlich vor: "Damit aber mit dem Beweisthume allerseits desto schleuniger verfahren werde, so setzen und wollen Wir, daß, sobald nach der Kriegsbefestigung dem beweisführenden Kläger oder Beklagten ein terminus von sechs Wochen zur Einbringung seiner Beweisartikel — berahmt, selbiger nicht weniger, als alle andern pro praejudiciali gehalten und hingegen alle fernere dilationes probandi abgeschnitten — seyn sollen", und wiederholt sie außerdem die Verfügung der Calenbergischen Canzleiordnung über den Appellationseid wörtlich. [32])

*) Vergl. Pufend. T. III. observ. 95. Anerkannt ist jene Praxis durch eine Erkenntniß des Oberappellationsgeritchs in c. Dörnte c. Haes, vom 31 Octob. 1827.

31) Art. XXII.

32) Art. XXXIX.

Sie bestimmt daher einen peremtorischen Beweistermin, sowohl seiner Eigenschaft, als der Zeitdauer nach, gesetzlich, und äußert sich nur nicht darüber, ob die Desertion jenes Termins ipso jure die Peremtion nach sich ziehen, oder vielmehr erst accusata contumacia abseiten des Gegners, eine Präclusion mit dem Beweise ausgesprochen werden müsse, damit jene peremtorische Wirkung in voller Maaße eintrete.

Da jedoch in derselben auch die Zeitdauer gesetzlich vorgeschrieben, und der richterlichen Bestimmung nicht überlassen ist, so dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Ansicht der Praxis,[33]) welche zu einer Desertion des Termins, die Acceptation des Gegners nicht erfordert, sondern selbige durch den unbenutzten Ablauf der Frist, ipso jure eintreten läßt, die richtigere sey.

4. Die Lauenburgische Hofgerichtsordnung erklärt, gerade, wie der jüngste Reichsabschied die Termine zur Litiscontestation und Beibringung der Einreden für präjudiciell,[34]) bestimmt den Beweistermin im allgemeinen verschieden, indem sie für den Urkundenbeweis eine sächsische Frist, für den Zeugenbeweis aber zwölf Wochen vorschreibt, und im übrigen auf die gemein beschriebenen Rechte verweiset,[35]) endlich aber über das beneficium novorum sich gar nicht äußert. Sie kennt daher einen peremtorischen Beweistermin, an und für sich ebenso wenig, wie das gemeine Recht, auf welches sie sich bezieht, und dieses um so weniger, als sie in Hinsicht desselben

33) E. Pufendorf Process. Brunsv. Luneb. P. III. Cap. VI. §. 7 — 15. 12. Oesterley Handbuch des Processes. Bd. II. §. 220. 221. — Dagegen ist Wedemeyer in Gans Zeitschrift für Civil- und Criminalrechtspflege im K. R. Hannover. Bd. I. H. 3. nro. 20.

34) Tit. XXX. §. 5.

35) Tit. XXXIII. a. E.

gleichfalls nicht auf die Präjudicialität der erstgedachten Termine zurückgewiesen hat, so daß es kaum zweifelhaft seyn dürfte, daß in Rücksicht des mit der Appellation verbundenen beneficii novorum, welches in Gemäßheit dieser Hofgerichtsordnung zur Hand genommen werden möchte, nur diejenigen Grundsätze zu befolgen seyn dürften, welche oben unter nro. II ausgeführt worden sind.

5. Die Stadische Hofgerichtsordnung kennt nur einen peremtorischen Beweistermin, seiner Eigenschaft nach, wiewohl sie die Bestimmung der Zeitdauer dem Richter überläßt.[36]) Das beneficium novorum wird von ihr, bei der Appellationsinstanz nur angedeutet,[37]) bei der Supplicationsinstanz ausgeschlossen,[38]) welcher Ausschluß aber durch eine spätere Verordnung vom 6. Sept. 1799 aufgehoben und die Zulässigkeit dieses beneficii auch für die Supplicationsinstanz anerkannt ist. Ob die von dem Richter bestimmte Zeitdauer auch insofern als peremtorisch anzusehen sey, daß, ohne eine accusatio contumaciae des Gegners zu erwarten, die Desertion ipso jure eintrete, ist in derselben nicht gesagt; indessen bezeugt ihr Verfasser Mevius,[39]) daß es zwar an und für sich einer solchen accusatio contumaciae nicht bedürfe, um den Producenten mit seinem Beweise auszuschließen, wiewohl er an einer andern Stelle,[40]) dafür hält, daß neue Beweise dennoch mit dem beneficio novorum, noch in der Appellationsinstanz vorgebracht werden könnten; insofern nur ein Impediment, weshalb der Beweis-

36) Th. II. Tit. XI. §. 9.

37) Th. III. Tit. IV. §. 5.

38) Th. III. Tit. VI. §. 2.

39) Decis. P. VII. dec. 36.

40) Decis. P. II. Dec. 98.

Beweistermin nicht eingehalten sey, docirt werden könne[41]).

Daß diese Ansicht inconsequent sey, ergiebt das oben ad nro. III. Bemerkte; den Worten der Hofgerichtsordnung nach, würde vielmehr anzunehmen seyn, daß zwar eine ipso jure eintretende Desertion nicht von Einfluß seyn könne, daß jedoch eine auf Acceptation der versäumten Beweisfrist, ausgesprochene Präclusion mit dem Beweise, allerdings die Wirkung haben müsse, die Production neuer Beweise mittelst des beneficii novorum als unzulässig darzustellen.

6. Endlich verfügt noch das Justizreglement von 1718, welches jedoch nur in den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, so wie in dem Fürstenthum Lüneburg, und der Grafschaft Hoya und Diepholz gesetzliche Kraft hat, über das beneficium novorum folgendes: "Sollte auch ein Appellant sich des beneficii non deducta deducendi und non probata probandi bedienen wollen, so soll derselbe in dem libello appellationis ausdrücklich anzeigen, was er ferner deduciren und erweisen wolle, und Ursachen, warum dieses in voriger Instanz nicht geschehen oder geschehen können, vorbringen, dann ferner die Beweismittel — dem Libell beilegen, welche dann das judicium mit Fleiß lesen, examiniren und ponderiren soll, ob solche Beweismittel zulänglich und die Sache zu halten vermögen, oder nicht, und auf den ersten Fall — — zu dem Beweise forderliche Anstalt machen; im Fall aber solcher Beweis nicht zulänglich gefunden wurde, die Parthei sogleich damit abzuweisen. Fände sich aber auch, daß der Appellant dasjenige, was er aufs neue vorbringt, malitiose und zum beflissentlichen Aufenthalt der Sache in der ersten Instanz fürzubringen unterlassen, soll er ehender damit nicht gehört werden, er habe denn dem

41) Decis. P. II. Dec. 235.

Appellaten alle desfalls verursachten Unkosten bezahlt. Sollte sich auch finden, daß die Appellatio gar frivola sey, soll der Appellant zugleich zur Erstattung der Unkosten, und nebst dem Advocato nach Befinden, in eine Geldstrafe condemnirt werden." [42])

Diese Vorschrift ist um deswillen sehr bemerkenswerth, da der in der Calenbergischen und Cellischen Canzleiordnung, vorgeschriebene Appellationseid, durch dieselbe beseitigt worden ist, indem statt desselben die Angabe specieller Ursachen, warum die neuen Ausführungen und Beweise nicht in erster Instanz beigebracht worden, verfügt, und den Appellanten in die Kosten des Verfahrens, zu nehmen, geboten, ja sie auch denselben, wenn die Appellation gleichfalls frivol war, so wie seinem Sachführer mit Geldstrafen bedroht hat.

III.

Auch die Oberappellationsgerichtsordnung, welche sich im Grunde nur auf das, bei diesem höchsten Landesgerichte zu beobachtende Verfahren bezieht, und daher speciell nur von dem beneficio novorum redet, welches bei Gelegenheit der Ausführung von noch zulässigen Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse dieses selbigen Gerichts, in so fern nicht das wirkliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebraucht worden ist, mit ausgeführt wird, kennt in dieser Hinsicht den Appellationseid nicht weiter, indem sie vielmehr die oben ausgehobene Stelle aus dem Justizreglement wörtlich wiederholt. [43])

42) §. IV. in fine.

43) S. Th. II. Tit. 3. §. 10. u. 11. — Dagegen verlangt sie bei dem

Dagegen verfügt sie im allgemeinen, daß jeder schuldig seyn solle, den Reichsconstitutionen gemäß, "alle und jede Exceptiones, die er zu haben vermeint, so weit solche in appellationis instantia statt haben, bei Verlust derselben und des daher etwa competirenden Rechts auf einmal zu verhandeln"; [44]) ferner: daß der in den den ersten beiden Tagen der nächsten Juridik, zu beobachtende Beweistermin, sub poena praeclusionis einzuhalten sey, ohne daß es, wie aus den fernern Bestimmungen geschlossen werden muß, einer besondern accusatio contumaciae des Gegners bedürfen kann; [45]) und endlich: daß namentlich, nach versäumten Beweistermine, neu aufgefundene Urkunden nicht anders zu produciren zuläßig sey, als wenn eine justa causa restitutionis in integrum statt finde, oder "da einer sodann erst solche Briefe aufgefunden, und dasselbe, und daß er solche Urkunden nicht gefährlicher Weise, um den Gegentheil in Unkosten zu führen, bishero hinterhalten, mit einem körperlichen Eide erhärten könne, als auf welchen Fall er annoch mit der Production solcher Documente zu hören wäre". [46]) Zweifelhaft und bestritten ist es da-

Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen sententias formales, das Erbieten zum juramento malitiae (P. II. tit. 14. §. 2.); bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Senatsbescheide, ist aber durch die Verordnung vom 31 Jul. 1818. Abschn. IV. §. 6. leider der Appellationseid wieder eingeführt, indem, um dieses Rechtsmittel zuläßig zu machen, Parthei und Sachwalt an Eidesstatt bekräftigen sollen, von den jetzt erst angeführten neuen Thatumständen vorhin keine Kenntniß gehabt oder selbige zuvor zur Sache nicht dienlich geachtet zu haben.

44) Th. II. Tit. 3. §. 17.

45) Th. II Tit. 8. Sect. I. §. 2. 3.

46) Th. II. Tit. 8. Sect. II. §. 1.

gegen immer geblieben, ob nach erloschener Beweisfrist auch noch neue Zeugen producirt werden können, da die Oberappellationsgerichtsordnung solches, nur ausnahmsweise, und nur dann, wenn der Beweisführer binnen der Beweisfrist schon Zeugen benannt hat, gestattet.[47]) Da jedoch in dieser Gerichtsordnung ein sowohl seiner Eigenschaft als seiner Zeitdauer nach, für peremtorisch erklärter gesetzlicher Beweistermin festgesetzt ist, so scheint es nicht füglich geleugnet werden zu können, daß nach Ablauf desselben, mittelst des beneficii novorum, überall keine neue Beweise, mit alleiniger Ausnahme des Urkundenbeweises, angeboten werden dürfen, so lange nicht um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Beweistermins nachgesucht, und diese gewährt worden ist.

47) Th. II. Tit. 8. Sect. II. §. 15. Vergl. Pufend. T. I. observ. 147. T. II. observ. 108. 147. T. III. observ. 109. v. Bülow und Hagemann pract. Erörter. Th. II. nro. 22. Th. IV. nro. 44. Th. VI. nro. 16.

XI. Erörterung.

Den Söhnen steht die Befugniß nicht zu, das von ihrem Vater unter Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten, veräußerte Lehn zu revociren.*)

§. 1.

Die Frage, inwiefern Söhne der Vasallen befugt seyen, feuda antiqua [1]) oder feuda nova jure antiqui concessa, welche von ihrem Vater veräußert worden, oder in deren Veräußerung ihr Vater seinen agnatischen Consens ertheilt hat, mittelst der Revocationsklage, von dem Käufer zurückzufordern, ist bekanntlich eine sehr bestrittene; indem einige Rechtslehrer den Söhnen jene Befugniß durchaus bestreiten, [2]) andere dagegen ihnen solche und selbst

*) Dieser Aufsatz ist zum Theil aus einem gerichtlichen Vortrage entnommen.

1) Daß der vom Vater geschehene Verkauf eines feudi novi, auch die Söhne binde, ist allgemein anerkannt. I. L. B. Boehmer de filio vasalli successore in feudum. Cap. II. §. 13. —
S. auch Rosenthal Tactatus juris feudalis. Cap. IX. nro. 2. membr. 2. Concl. 45. 46.

2) Hartm. Pistoris Quaest. jur. Libr. II. qu. 7. u. 13. G. A. Struv. Syntagm. jur. feudal. Cap. 13. §. 16. 19. S. Stryck de obligatione feudi consensu munita. nro. 52. Pufendorf Observat. T. III. obs. 146. Strube rechtl. Bedenken. B. III. nro. 50. (nro. 315. meiner Ausgabe), G. Moll Num filius feudum a patre alienatum revocare possit. Bonn. 1738. Henne=

für den Fall zugestehen, wenn sie Allodialerben ihres Vaters geworden sind, nur daß sie dann die Handlungen ihres Vaters in sofern anzuerkennen schuldig seyen, als sie den ihrem Vater gegebenen Kaufpreis zurückzuzahlen hätten. [3])

Eben so bestritten ist sie unter den vaterländischen Gerichten, indem das Oberappellationsgericht zu Celle, sich anfangs für die erstere, sodann für die letztere Ansicht erklärte, [4]) gegenwärtig aber wiederum zu jener erstern zurückgekehrt ist; und namentlich im Jahre 1825, in Causa W*** Kläger u. Appellaten gegen V***, Beklagten und Appellanten erkannt hat: "Wenn gleich die in Streit befangenen Lehen, als feuda nova, jure antiqui concessa anzusehen, mithin nach den Grundsätzen, welche bei feudis antiquis stattfinden, zu beurtheilen sind; nach demmalen jedoch die mit Bewilligung des Lehnsherrn und sämmtlicher Agnaten von dem Vater der Appellaten geschehene Veräußerung dieser Lehen, von letztern um so weniger angefochten werden mag, als sie vermöge ihrer Qualität als Allodialerben, die Handlungen ihres Vaters zu prästiren gehalten sind, daher dann die, von dem Appellaten angestellte auf Vindication dieser Lehen gegen Erstattung

mann über II. F. 45. und die Descendentenfolge im Lehn. Schwerin u. Wismar. 1804. 8. C. F. Eichhorn teutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. §. 566. Dessen Einleitung in das teutsche Privatrecht. §. 226.

3) Rosenthal tractat. feudal. Cap. 9. menbr. 2. Concl. 77. I. L. B. Boehmer de filio vasalli successore in feudum. G. L. Boehmer princ. jur. feudal. §. 276. ed. Hoppenstedt. Desselben Rechtsfälle. B. I. Abth. I. nro. 17. B. III. Abth. 2. nro. 205. v. Kamptz Versuch über das longobardische Lehnsgesetz II. F. 45. Göttingen 1794. 8. — Weber Handb. des Lehnrechts. Th. IV. S. 455. fgg. v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. II. nro. 8.

4) v. Ramdohr jurist. Erfahrungen. Th. II. S. 672.

des Kaufpreises gerichtete Klage sich als unbegründet darstellt; so werden Kläger und Appellaten mit ihrer Klage hierdurch ab= und zur Ruhe verwiesen." [5])

Daß nun aber diese letztere Theorie, welche sich auf die deutlichen Bestimmungen des Longobardischen Lehnsrechts gründet, den Vorzug verdiene, scheint aus folgenden Bemerkungen zu erhellen.

§. 2.

I. Bekanntlich unterscheidet sich die Lehnsfolge dadurch von der Erbfolge des gemeinen Rechts, daß nur die männlichen Descendenten des ersten Erwerbers ein begründetes Erbrecht, mit Ausschluß der Töchter und deren Nachkommen haben; daß der Sohn seinem Vater nichts als solcher, sondern als Descendent des ersten Erwerbers im Lehn folgt, (nicht jure transmissionis sondern ex pacto et providentia majorum, weil er so angesehen wird, als sey er in der ersten Investitur mitbegriffen); endlich daß die Lehnfolge auf die Art statt findet, wie das pactum majorum sie zuvor bestimmt hat. Um nun den Descendenten des ersten Erwerbers dieses ihnen per pactum et providentiam majorum erworbene Successionsrecht aufrecht zu erhalten, hat das Gesetz — zwar wohl nicht dem jedesmaligen Vasallen das Recht genommen, durch ein Testament über das Lehen zu verfügen, [6]) — wohl aber dem=

5) Schlüter u. Wallis jurist. Zeitung für das K. R. Hannover. Jahrg. 1826. H. I. S. 55.

6) Dieses ist zwar die gewöhnliche Ansicht; (Strube a. a. O.), indessen ist das Recht des Vaters, seinen Sohn durch Enterbung auszuschließen, nicht allein aus dem ihm gestatteten Veräußerungsrecht zu folgen, sondern es steht diesem Enterbungsrecht auch der Text I. F. 8. nicht ent=

selben im allgemeinen jede Veräußerung des Lehns untersagt, [7]) dagegen aber dieselbe für den Fall gültig erklärt wenn der Consens des Lehnsherrn und der zur Succession Berechtigten Agnaten zu derselben hinzugetreten sey. Alienatio feudi paterni, heißt es in II. F. 39. princ. non valet etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoque sit reversurum, nec in filiam vasallus feudum poterit confirmare agnatis non consentientibus, vel postea ratum non habentibus; mit welchem Grundsatze II. F. 8. §. 1. Meliorem conditionem feudi facere potest vasallus, deteriorem vero sine domini voluntate vel eorum agnatorum, ad quos per successionem pertinet, facere non potest, übereinstimmt. Daß in diesem Falle der Consentirende durch seine Einwilligung, sein sonst wohlbegründetes Recht, die Revocationsklage anzustellen, weggiebt, liegt in der Natur der Sache, und erhellt aus dem Gesetze selbst; dagegen ist es aber sehr bestritten, ob die Descendenten sowohl des Veräußerers als auch der consentirenden Agnaten dadurch ihr Recht am Lehn verlieren, mithin die Revocationsklage gegen denjenigen, auf welchen das Lehn durch die Veräußerung gelangt ist, nicht mehr ausüben können, oder, mit andern Worten: ob die angezogene

gegen, da der Nachsatz "nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente„, nicht auf das "aequaliter„, welches nur gelegentlich berührte Nebenbestimmung ist, sondern vielmehr auf den Hauptsatz, nämlich der Successionsunfähigkeit der Töchter geht, und mithin dahin zu erklären ist, daß jede letzte Willenserklärung des Vaters über ein Successionsrecht der Töchter im Lehn ungültig seyn soll. S. Eichhorn Privatr. §. 230.

7) I. F. 8. Noch weiter ging K. Friegrich in II. F. 55. indem er nicht allein alle künftighin vorzunehmenden Veräußerungen untersagte, sondern sogar die bereits vorgenommenen als vom Anfang an nichtig erklärte, insofern der Consens des Lehnsherren gefehlt haben würde.

angezogene Stelle verordnet habe, daß die nach erfolgten Consense des Lehnsherrn und sämmtlicher Agnaten, geschehene Veräußerung eines feudi antiqui, oder novi jure antiqui concessi, für immer gültig und rechtsbeständig, oder nur auf so lange gültig sey, bis der Tod des Veräußerers oder eines der consentirt habenden Agnaten, den Gesetzen nach, die Succession auf einen Descendenten derselben deferirt, welcher selbst nicht eingewilligt hat, so daß diesem allerdings jene Revocationsbefugniß zustehe?

Nach dem ganzen Sinne dieses, so wie anderer in den Lehnrechtsbüchern enthaltener Gesetze, scheint angenommen werden zu müssen, daß die von dem Vasallen, nach eingeholtem Consense des Lehnsherrn und der Agnaten, vorgenommene Veräußerung eines alten Lehns, von dem Sohne des Veräußerers sowohl, als dem des consentirt habenden Agnaten nicht angefochten werden könne, daß mithin die Einwilligung des Vaters auch für seinen Descendenten bindend ist, denn:

1. setzt II. F. 39. pr. die Bedingungen fest, unter welchen von der Regel abgewichen und ein altes Lehn vom besitzenden Vasallen veräußert werden kann, und legt solche Bedingungen nur in die Willkühr des Lehnsherrn, der zur Zeit der Veräußerung lebenden Agnaten, und des besitzenden Vasallen: keinesweges aber in die der Descendenz der beiden letztern.

Daß die Unveräußerlichkeit der Lehen die Regel ausmachen müßte, lag in der Natur der Sache. Der Lehnsherr wollte sich durch die Uebertragung des nutzbaren Eigenthums auf dritte, in diesen treue Diener erwerben, und so konnte es ihm nicht gleichgültig sein, wer ihm solche Dienste leistete; er konnte es nicht der Willkühr seines Vasallen anheim stellen, die zugleich mit dem Lehn übernommenen Verbindlichkeiten, auf jeden beliebigen Dritten zu übertragen. Demzufolge wurde also dem Vasallen nicht allein die Ver-

äußerung des Lehns untersagt, sondern auch, um sich jener Treue um so mehr versichern zu können, den Descendenten des ersten Erwerbers die Nachfolge zugesichert, und ihnen zugleich die Befugniß beigelegt, dieses ex parte et providentia erworbenes Recht gegen jeden Dritten zu verfolgen. Wenn dennoch eine Ausnahme von dieser so bestimmt ausgesprochenen Regel gestattet werden sollte, so mußten die Bedingungen, unter welchen diese Ausnahme statt finden könnte, auch natürlich in die Willkühr aller dabei interessirten Personen gesetzt werden; es mußte der Lehnsherr sich bereit erklären, die ihm zukommenden Leistungen von einem Dritten in Empfang zu nehmen, es mußten die Agenten das ihnen angestammte wohlerworbene Recht aufgeben. Deshalb machte das Gesetz die Befugniß zur Veräußerung von der Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten, ohne der Descendenten der handelnden Personen zu erwähnen, abhängig. Der Descendenten konnte aber keiner Erwähnung geschehn, denn da die Einwilligung gerade zur Zeit der Uebertragung des Lehns auf einen Dritten erfolgen sollte, so konnte jene Bedingung nicht in eine Einwilligung der zu jener Zeit noch nicht lebenden Descendenz gesetzt werden. Außerdem hat schon Hennemann[8]) sehr gut bemerkt, daß schon aus dem Grunde der Ausdruck agnatis consentientibus nicht auf die nach der Veräußerung geborenen Agnaten bezogen werden könne, weil der Begriff des Worts consentire auf ein Mitmeinen gehe, mithin auf eine gleichzeitige Existenz hindeute, so daß die Einwilligung zur Zeit des Consenses des Lehnsherrn und der Handlung des Uebertragens erfolgen müsse. Diesem stehen auch die Worte jener Stelle: postea ratum non habentibus nicht entgegen, denn

8) a. a. O. §. 16. S. 44.

da dort von dem Falle die Rede ist, daß der Vater seiner Tochter die Nachfolge im Lehn zusichern, confirmare, nicht aber das Lehn selbst übertragen wollte, so kann das postea ratum habentibus nur dahin erklärt werden, daß der Vater entweder schon dann, wenn er seiner Tochter die Zusicherung auf die Nachfolge giebt, oder die Tochter selbst, in dem Augenblicke, wo sie das Lehn in Besitz nehmen will, den Consens der Agnaten einholen sollen; so daß selbst nach diesem Verstande, der Consens, der Handlung des Uebertragens vorausgehen soll, und keines Weges in jenen Worten der Sinn gefunden werden mag, daß die Bedingung der Gültigkeit der Veräußerung auch zugleich mit in die Genehmigung der später geborenen Descendenz gesetzt worden sey. Waren die Descendenten der Agnaten dagegen zur Zeit der Veräußerung schon vorhanden, so konnten sie in sofern dieselbe nicht weiter bestreiten, als der einwilligende Agnat seinem Anfechtungsrechte derselben für sich und seine Descendenten entsagt hatte.*)

Noch weniger können aber die Descendenten des Veräußerers, mögen sie zur Zeit der Veräußerung schon gelebt haben, oder nach derselben erst geboren seyn, unter diejenigen Agnaten gerechnet werden, deren Consens jener Lehnstext erfordert.

Zwar glaubt Püttmann[9]) es außer Zweifel gesetzt zu haben, daß der Ausdruck Agnaten im Sinne des römischen Rechts auch das verwandschaftliche Verhältniß des Sohns zum Vater begreife, und so haben einige Lehnrechtslehrer[10]) es versucht, das Wort agnati im Lehntext ebenfalls so zu deuten, und demzufolge behauptet,

*) Eichhorn deutsches Privatr. §. 226.

9) Interpret. et observat. p. 45. sqq.

10) Fachinaei Controvers. jur. T. II. S. 7. c. 18. p. 20.

daß die Stelle II. F. 39. auch den Consens der Söhne verlange.

Wenn jedoch auch das römische Recht unter dem Ausdruck Agnaten allerdings auch Vater und Kind umfaßt,[11]) so kann jedoch von jenem nicht auf das Lehnrecht geschlossen werden: denn letzteres unterscheidet stets sehr bestimmt Descendenten und Agnaten eines besitzenden Vasallen.[12]) In II. F. 11. pr. heißt es z. B. Mortuo enim eo, qui beneficium tenebat, prima causa liberorum est. Filius enim existentibus masculis vel ex filio nepotibus vel deinceps per masculum sexum descendentibus, ceteri removentur agnati.

Da der Ausdruck caeteri hier eben so gut, wie in II. F. 28. §. 4., nur so viel bedeuten soll, wie omnes,[13]) so setzt das Gesetz die Descendenten den Agnaten bestimmt entgegen, indem es will, daß erstere die letztern von der Succession ausschließen sollen. Ferner wird in derselben Stelle §. 1. gesagt: His vero deficientibus (nämlich descendentibus) vocantur primo fratres cum praemortuorum fratrum filius, deinde agnati ulteriores, wodurch gleichfalls der Unterschied zwischen den Descendenten des letzten Besitzers und dessen Agnaten herausgehoben wird, da nur nach dem gänzlichen Erlöschen des Mannsstammes des besitzenden Vasallen seine Seitenverwandte zur Succession gelangen sollen. Eine ähnliche Entgegensetzung finden wir in II. F. 26. §. 13. u. 17. in den Worten: Titius filios masculos

11) Fr. 10. §. 3. D. XXXVIII. 10. de gradibus, Fr. 12. D. XXXVIII. 16. de suis et legit. hered. Schweppe Rechtsgeschichte §. 367. (Ausg. II.) Vorzüglich Hugo Rechtsgeschichte. Th. I. S. 124 fg. 144 fg. (Ausgabe X.)

12) Hartm. Pistoris a. a. O. Lib. II. Qu. 13. nro. 45.

13) S. Hennemann a. a. O. S. 127. fg. Eichhorn deutsches Privatrecht. §. 226. Anm. i.

non habens, partem suam feudi Sejo, partem ejusdem feudi possidenti agnato suo concessit, und: Si vasallus culpam committat, propter quam feudum amittere debeat neque filius neque ejus descendentes ad id feudum revocabuntur, sed agnati qui quarto gradu sunt. So wie in II. F. 45. Ubi vero filium reliquit — ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat aut utrumque requdiet; quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit. Am entscheidensten sind aber auch hier die Worte der Stelle II. F. 39. princ. — nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium sit quandoque reversurum selbst, denn Kinder des besitzenden Vasallen können nie als solche bezeichnet werden ad quos feudum sit quandoque reversurum, indem dieser Ausdruck, wie Hennemann[14]) mit Recht sagt, den Begriff des Schongehabthaben, das Alientirthaben in sich schließt, und also nur bei Collaterelen oder wahren Agnaten paßt.

2. würde der in II. F. 39. princ. ausgedrückte Satz, daß die Veräußerung gültig seyn solle, wenn solche mit Consens des Lehnsherrn und der Agnaten geschehen sey, gänzlich wieder aufgehoben werden, wenn diese Stelle nicht den Ascendenten die Befugniß beilegte, seine Descendenten durch diese auf gesetzlichem Wege vorgenommene Handlung, zu binden, und mithin die Möglichkeit herbei zu führen, den beabsichtigten Zweck zu erreichen.

Diesem tritt hinzu, daß nach II. F. 26. §. 13. der ertheilte Consens das Retractrecht vernichtet. Wollte man nun annehmen, daß der Vater seinen Sohn unter keiner Bedingung durch das factum alienationis binden könne, daß vielmehr das per pactum et providentiam majorum

14) S. 129.

auf den letztern gekommene Recht ungekränkt bliebe, so würde man daraus folgern müssen, daß da alsdann den Descendenten ganz gleiche Rechte, wie den Agnaten zustehen würden, weil sie solche beide aus derselben Quelle erhalten haben, die Agnaten aber, insofern sie in die Veräußerung nicht consentirt haben, den Retract auszuüben befugt sind, solcher den Söhnen unter eben dieser Bedingung nicht abzusprechen sey. Und dennoch fordert das Gesetz keineswegs die Einwilligung der Descendenten des Veräußerers, und dessenungeachtet sagt es, die Veräußerung solle wirksam seyn. Dieses ist aber nicht möglich, wenn ein dritter den Käufer zwingen darf, die Sache wieder herauszugeben. [15]) Da mithin ein solches Zwangsrecht dem gesetzlichen Gebote, daß die Veräußerung unter jenen ausgedrückten Bedingungen gültig seyn solle, widersprechen würde, so kann man auch nur annehmen, daß dasselbe den Descendenten des Veräußerers das Revocationsrecht wie das Retractsrecht, wenn sie überall eines gehabt, auf den Fall genommen habe, wenn sowohl Lehnsherr als Agnaten in die Veräußerung gewilligt, mithin dasselbe unter diesen Bedingungen eine Ausnahme von der Regel gestattet und es dem Vater erlaubt hat, das per pactum et providentiam majorum erworbene Recht seiner Söhne zu schmälern.

3. läßt es sich vollkommen darthun, daß selbst dem Lehnrechte nach, die Söhne eines veräußernden Vasallen, nie die Befugniß gehabt haben, die von ihrem Vater vorgenommene Veräußerung eines Lehns anzufechten.

Zuvörderst ist es als ausgemacht anzunehmen, daß die Gesetze ihnen dieses Recht nicht ausdrücklich beilegen. So heißt es in den hier einschlagenden Stellen, namentlich in I. F. 18. §. 1. Si aliquis de capitaneis vel de ma-

15) Hennemann a. a. O. S. 122.

joribus valvasoribus vel de minoribus suum beneficium sive totum sive partem alienaverit, et ipse vel heres ejus sine herede decesserit, quin beneficium senioribus aperitur, totum, quod fecit, revocari debet, und in II. F. 9. §. 2. Porro sive de bona consuetudine, sive de prava quaeramus, concessa erat domino, quo aequali pretio redemtio; — in prohibendo vel redimendo potior erat proximi agnati, quam domini conditio, si tamen feudum erat paternum: endlich in II. F. 26. §. 13. Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Sejo, partem ejusdem feudi possidenti agnato suo concesserit; Sempronius proximior agnatus, mortuo demum Titio, partem illius feudi, nullo dato pretio recuperare potest. Alle diese Stellen, worauf sich das Revocationsrecht der Lehnfolger, so wie des Lehnsherrn gründet, reden nur von den Agnaten, und es ist keine Stelle des Lehnsrechts nachzuweisen, welche es den Descendenten des Veräußerers beilegt, obgleich das Gesetz, sobald es sich darum handelt, die Gerechtsame der Descendenten am Lehn festzusetzen, sie ausdrücklich nennt, und von den Agnaten deutlich unterscheidet.[16]) Wie sollte nun das Lehnrecht, da, wo eine so wichtige Gerechtsame in Frage kömmt, die Söhne, falls ihnen dieselbe zustehen könnte, mit Stillschweigen übergangen haben?[17])

Daß die Söhne nicht unter dem Ausdruck Agnaten verstanden werden können, ist bereits oben dargethan, aber selbst analogisch würden sich jene Stellen nicht auf die Söhne deuten lassen, weil es an dem ersten Erforderniße einer analogischen Anwendung, nämlich an der Gleichheit des Beweggrundes bei jenen gesetzlichen Verfügungen ermangelt. Das Gesetz geht näm-

16) I. F. 8. princ.

17) Hartmann Pistor a. a. O. L. II. qu. 13. nro. 34. 44. Finsterwald Observ. pract. L. IV. Obs. 63. nro. 3 — 11.

lich bei der Gestattung der Revocationsbefugniß von dem Grunde aus, das Recht der Agnaten am Lehen sey so wohl begründet, daß der besitzende Vasall ihnen solches auf keine Weise schmälern könne, und jede eine solche Schmälerung bezweckende Handlung für dieselben, als von Anfang an, nichtig und unverbindlich sich darstelle.[18]) Deshalb ist der Agnat nicht verbunden, die auf das Lehn contrahirten Schulden zu bezahlen. Dagegen macht II. F. 45, es den Söhnen zur Pflicht, die väterlichen Schulden zu bezahlen, und mag man auch annehmen, daß sie solche nur aus den Lehnsfrüchten zu tilgen schuldig seyen, so folgt hieraus dennoch immer in Rücksicht der Descendenten eine Abweichung von den Rechten der Agnaten ex pacto et providentia majorum, und schon dieses reicht hin, um darzuthun, daß aus dem pacto majorum nicht g l e i c h e Rechte für Agnaten und Descendenten entspringen.

Sodann heißt es in I. F. 8. princ. Si quis igitur decesserit filiis et filiabus superstitibus, succedunt tantum filii aequaliter, vel nepotes ex filio, loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente. Deutet man diese Stelle richtig, so sind die Worte nulla ordinatione defunti valente, nicht auf das aequaliter, welches nur gelegentlich berührte Nebenbestimmung ist, sondern auf den Hauptsatz, nämlich die Successionsunfähigkeit der Töchter zu beziehen, und so würde hieraus folgen daß der Vater befugt seyn könne durch ein Testament ceteris paribus seinen Sohn vom Lehn zu enterben[19]), was er in Hinsicht eines Agnaten in der Maaße nicht würde thun können.

Endlich noch bestimmt das Lehnrecht[20]), daß die ohne des

18) II. F. 8. §. 1.

19) Eichhorn deutsches Privatrecht. §. 230.

20) II. F. 55.

des Lehnsherrn Einwilligung von dem Vasallen wissentlich vorgenommene Veräußerung eines Lehns, diesen und seine Descendenten des Rechts am Lehen verlustig machen soll, und legt eben dadurch vor Augen, daß die Handlung eines Ascendenten für den Descendenten allerdings nachtheilig wirken, und Letztern sein Recht am Lehen nehmen könne; welches bei Agnaten nicht statt findet, obgleich beide ihr Recht ex pacto majorum ableiten.

Wenn solchergestalt das Recht der Agnaten am Lehn stärker ist, als das der Söhne des Vasallen, wiewohl beide es aus einer und derselben Handlung, nämlich aus der ersten Investitur ableiten, so kann auch das Revocationsrecht, welches den Agnaten ausdrücklich durch das Gesetz zugestanden ist, nicht analog den Descendenten beigelegt werden[21]), weil eine Gleichheit des Grundes hierfür nicht, sondern höchstens nur eine nicht in Berücksichtigung kommende Aehnlichkeit spricht.[22])

Sodann aber wird die Befugniß, eine Revocationsklage anzustellen, in allen Stellen des Lehnsrechts nur den Agnaten des Veräußerers zugestanden, und da diese stets den Descendenten desselben entgegengesetzt werden, so ist es klar, daß sie den letztern überall nicht gegeben ist.

Vor allen Dingen bestimmt solches II. F. 26. §. 13. Titius filius masculos non habens, partem suam feudi possidenti agnato suo concesserat. Sempronius proximior agnatus, mortuo demum Titio, partem illius feudi, nullo dato pretio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, pretio reddito, etiam vivo Titio. Es kann hiernach der erste Agnat des Titius das von diesem letztern, da er keine Söhne hatte, an einen entfernten Agnaten veräußerte Lehn, nach dem Tode

21) Hartm. Pistor a. a. O. L. II. Qu. 13. nro. 51.

22) Thibaut über logische Auslegung der Gesetze. §. 17.

des Titius vindiciren, und er erstattet dem entferntern Agnaten den Kaufpreis nicht. Würde aber Titius Descendenten haben, so kann der nähere Agnat schon beim Leben des Titius, gegen Erstattung des Kaufpreises das veräußerte Lehn erwerben, den Besitz desselben erlangen und folglich den Retract ausüben. Wenn nun das Revocationsrecht lediglich von den zunächst zur Succession Berufenen ausgeübt werden kann, wenn der Retract als Ausfluß des Revocationsrechts, selbst den entferntern Agnaten von dem nähern geltend gemacht werden kann, wenn endlich die Descendenten ohne Unterschied, mit gänzlicher Ausschließung sämmtlicher Agnaten zur Succession berufen sind, wie würde Sempronius als Agnat des Titius, das von diesem an den Sejus veräußerte Lehn, schon bei Lebzeiten des Titius, und während dieser Söhne hat, retrahiren können, wenn nicht die Veräußerung des Titius seine Söhne verpflichtete? [23])

Ein Gleiches besagt die oben unter 3. bereits wörtlich angeführte Stelle, I. F. 18. §. 1. Diese Stelle welche offenbar vom alten Rechte handelt, wo ein Lehn, ohne des Lehnsherrn Consens veräußert werden konnte, sagt nicht nur, daß der Lehnsherr sein Recht auf Wiedererlangung des Lehns, erst nach dem Absterben des Mannsstammes des Veräußerers habe geltend machen können, sondern auch sehr deutlich, daß die Descendenten durch die Veräußerungshandlung ihres Vaters gebunden sind. Das alte Recht ist nun zwar durch II. F. 55 dahin abgeändert, daß des Lehnsherrn Einwilligung in die Veräußerung erforderlich ist, dagegen ist den Söhnen des Veräußerers kein mehreres Recht beigelegt, vielmehr ausdrücklich verfügt, daß diese durch die ohne lehnsherrlichen Consens geschehene Veräußerung des Vaters, alles Recht am Lehn verlieren, und dasselbe sofort zum Lehnsherrn zurück-

23) **Hartm. Pistor** a. a. O. L. II. qu. 13. nro. 55.

kommen soll. Also auch hier ist die Revocationsbefugniß den Söhnen entzogen.

Nicht minder nachtheilig erklärt sich in Rücksicht auf das Revocationsrecht der Söhne I. F. 8. §. 1. Hoc quoque observatur, ut si frater meus alienaverit partem suam feudi, vel fecerit investire filiam suam, si moriatur sine herede masculo, nihilominus revertitur ad me; womit auch II. F. 9, §. 1. übereinstimmt: Si vero totum vel partem volebat per feudum aliquem investire, hoc licebat ei sine fraude facere, si autem dissentiente domino vendebat, sive per feudum investiebat, si tamen sine herede masculo decedebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum revocabatur. Im ersten Falle soll die Veräußerung eines Lehns, oder die Belehnung, welche einer Tochter ertheilt worden, folglich eine Handlung mit des Lehnsherrn Einwilligung, alsdann umgestoßen werden, wenn der Vasall ohne männliche Descendenten stirbt. Ist sie aber erst alsdann ungültig, so folgt daraus, daß sie bis zu dem Augenblicke gültig ist,[24]) wo der letzte Descendent des Veräußerers gestorben war. Wie sollte nun das Gesetz die Bedingung zur Ungültigkeit einer Handlung in den Abgang der männlichen Descendenz des Veräußerers gesetzt haben, in dem Augenblick, wo es sich deutlich dahin ausspricht, daß das Recht der Agnaten ex pacto et providentia majorum ihnen erworben, bei Kräften bleibt, und selbst die Einwilligung des Lehnsherrn ihnen solches nicht nehmen kann, und obgleich die Descendenten ebenfalls ihr Recht am Lehn aus einem und demselben pacto majorum herleiten, wenn es nicht dafür gehalten hätte, daß die Veräußerungshandlung des Vaters dessen Söhne ver-

24) Hartm. Pistor a. a. O. L. II. Qu. 13. nro. 48. Horn Iurisprud. feudal. cap. 20. §. 17. Struv. Syntagma jur. feud. Cap. 13. §. 16. nro. b.

pflichte? Und folgt nicht hieraus, daß wenn der Ausgang des Mannsstamms die Bedingung zur Ungültigkeit einer Handlung ist, die Existenz dieses Mannsstamms die Bedingung in suspenso läßt, und diesemnach die Anstellung der actio revocatoria auf so lange unmöglich bleibt? Das Gesetz spricht daher allerdings per indirectum den Söhnen des Veräußerers das jus revocandi ab, und gesteht den Agnaten ihr Revocationsrecht allererst nach dem gänzlichen Ausgange des Mannsstamms des Veräußerers zu. Denn, wenn die von dem Vasallen vorgenommene Veräußerung erst dann durch die Agnaten soll unwirksam gemacht werden können, so muß sie bis zu jenem Zeitpuncte wirksam gewesen seyn, und da sie nicht wirksam gewesen seyn könnte, wenn die Söhne bei ihrem Lebzeiten die Revocationsbefugniß gehabt haben würden, so ist es klar genug, daß ihnen eine solche Revocationsbefugniß nicht zugestanden haben kann.

Also ergiebt die angezogene Stelle deutlich, daß die Söhne damals kein jus revocandi feudum a patre alienatum gehabt haben, und um dieses noch mehr hervorzuheben, so setzt II. F. 9. §. 1. noch hinzu: In prohibendo autem vel ridimendo potior erat proximi agnati quam domini conditio, und spricht hiemit aus, daß nur dem Lehnsherrn und den Agnaten der Retract zugestanden habe. Warum sollte aber den Söhnen der Retract nicht zugestanden haben, wenn sie gleich starke Rechte an dem Lehn gehabt hätten, wie die Agnaten, da sich der Retract ja auf ein Lehnfolgerecht gründet, und nur den Zweck hat, es vor der Zeit geltend zu machen? Wären mithin die Söhne nicht ex facto patris verpflichtet, die Veräußerung bestehen zu lassen, so wäre kein Grund einzusehen, warum sie nicht eben so gut, wie die Agnaten sollten retrahiren können.

Eben so deutlich spricht II. F. 45. und verordnet:

Ubi vero (vasallus) filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat aut utrumque repudiet; quo repudiato ad agnatos, si paternum sit, pertinebit. Diese Stelle bestimmt, daß ein Sohn entweder die natürliche Allodialerbschaft zugleich mit der Lehnserbschaft antreten oder beide ausschlagen solle. Würde er aber das letztere thun, so solle das Lehn auf die Agnaten fallen. Wie wäre dieses aber möglich, wenn der Sohn sein Recht unabhängig von den Verfügungen seines Vaters verfolgen könnte, wenn der Vater seinem Sohne das ex pacto et providentia majorum erworbene Recht durch kein factum nehmen dürfte, da er durch die Repudiation seiner Descendenz jede Möglichkeit der Erwerbung raubt und rauben soll?

Endlich aber giebt II. F. 83. hier völlig den Ausschlag, indem diese Stelle sagt: Si alter ex fratribus, qui paternum habeat beneficium, suam portionem dederit domino vel extraneo alicui, dominus vel extraneus tamdiu teneat, sine praejudicio, quamdiu ille, qui dedit, heredem masculum habuerit. Si vero sine herede decesserit, alter frater, si vixerit, vel ejus heres sine obstaculo et temporis praescriptione beneficium — vindicet a quocunque possidente.

Freilich gehört diese Stelle zu den capitulis extraordinariis, deren gesetzliche Kraft bestritten wird;[25]) auf

25) Daß ihnen gesetzliche Kraft zustehe, nehmen Cujacius, Finkelthaus, Buri u. a. an; ihre gesetzliche Kraft bestreiten Rosenthal a. a. O. Cap. 7. Concl. 33. nro. 17. Mascov. de jure feudorum. Cap. I. §. 17. Boehmer princ. jur. feudal. §. 32. Einen Mittelweg schlagen ein, und behaupten demzufolge, daß die capitula extraordinaria dann bei Seite zu setzen seyen, wenn sie den ordinariis widersprechen, im übrigen aber als Erläuterungen und Bekräftigungen letzterer anzusehen seyen, Hartm. Pistor a. a. O. L. II. qu. 13. nro.

jeden Fall giebt sie aber ein historisches Zeugniß dafür ab, daß zu jener Zeit es niemals bezweifelt worden ist, wie den Söhnen eine Revocationsbefugniß in Betreff des von ihrem Vater, mit Consens des Lehnsherrn und der Agnaten, veräußerten Lehns, nicht zustehe.[26])

§. 3.

II. Noch weniger würde den Descendenten eines veräußert habenden Vasallen eine solche Revocationsbefugniß, vermöge der ihnen beiwohnenden Allodialerbenqualität zugestanden werden können.

Hierbei kömmt vorzüglich II. F. 45 in Betracht. Si contigerit, heißt es hier, vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate, feudum si paternum fuit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur. Sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur. Ubi vero filium[27]) reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat aut utrumque repudiet, quo repudiato ad agnatos, si paternum sit, pertinebit.

59. Schilter Inst. jur. feudal. Cap. I. §. 7. Schnaubert Commentar. S. 42. Hagemann Einleit. in das Lehnrecht. §. 41. S. 52. 53. Vergleiche vorzüglich: Dinck Literairgeschichte des Longobardischen Lehnrechts. (1828.) S. 418 fgg.

26) Hartm. Pistor a. a. O. nro. 58.

27) Zwar ist es bestritten ob unter filius bloß die Söhne oder alle Descendenten des Verstorbenen zu verstehen sind. Für die hiesigen Lande ist jedoch durch eine authentische Declaration vom 24 Mai 1822 nro. 9. ausgesprochen, daß nicht allein die Söhne, sondern auch alle Descendenten unter das Gesetz zu begreifen seyen.

At licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire; quo facto licebit ei, repudiata hereditate, feudum tenere, nullo onere ei hereditario imminente. Und außerdem verfügt II. F. si: Filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, propinquus autem potest.

Wenn man nun auch als richtig zugiebt, daß der Sohn im Lehn nur titulo singulari succedirt, und daß daher die Lehns- und Allodialerbschaft in der Person desselben nicht in eine einzige Masse vereinigt werden, sondern als zwei getrennte, für sich bestehende corpora bonorum anzusehen sind,[28]) so ist es dennoch klar, daß das Gesetz hier eine solche Vereinigung der Lehns- und Allodialerbschaft in der Person des Sohns verfügt, und daß derselbe unstreitig diejenigen Lehnshandlungen genehm halten muß, welche die Lehnsgesetze erlauben, und welche, nicht anzufechten, die lex investiturae ihn verpflichtet, so daß er also vermöge der in der ersten Investitur liegenden stillschweigenden Bedingung, nach welcher er nur dann im Lehn succediren soll, wenn sein Vater nicht veräußert hat, verbunden ist, die den Gesetzen gemäß geschehene Veräußerung seines Vaters bestehen zu lassen.

Aber selbst angenommen, wovon oben das Gegentheil dargethan ist (S. I. 1.), die Veräußerung sey nur so lange gültig, als der Vater lebt, und könne, nach dessen Tode, die Revocationsklage der Söhne nicht hindern, so würde dennoch dieselbe dadurch gültig bleiben, daß die Söhne verpflichtet sind, die väterlichen Handlungen nicht bloß ex fructibus feudi, sondern auch ex ipsa substantia zu erfüllen. Wenn nämlich in dem Gesetze gesagt ist, der Agnat, welchem die Allodial- und Lehnserbschaft zugleich

28) v. Kamptz Versuch über II. F. 45. §. 5.

anfällt, könne die erstere ausschlagen, und in das Lehn dennoch succediren, und sey dann nicht schuldig, feudi nomine ein debitum hereditarium zu zahlen, so folgt daraus argumento e contrario, daß wenn der Agnat beide Erbschaften antritt, er auch verbunden ist, et feudi nomine, debita hereditaria solvere. Bewirkt nun das verwandtschaftliche Verhältniß des Sohns als Lehnfolgers, zum Vater, als letztbesitzenden Vasallen, daß der Sohn beide Successionen annehmen muß, so ist er ebenfalls schuldig, feudi nomine die debita hereditaria abzulösen. Dieses geht überdies sehr deutlich aus dem Schlusse der angezogenen Stelle hervor, wo er auf den Fall der Repudiation, nur zu Folge einer neuen Belehnung von den oneribus hereditariis losgesprochen wird.

Unter einem debito hereditario darf nun aber nicht allein dasjenige verstanden werden, was der Erblasser etwa an baarem Gelde schuldete, sondern es ist darunter jede, auf irgend eine Weise eingegangene Verpflichtung begriffen,[29]) und so sind selbst die Gegner der hier vorgetragenen Ansicht darüber einverstanden,[30]) daß das Wort onus hereditarium alle und jede auf einen Erben übergehenden verbindlichen Handlungen des Verstorbenen bedeutet. Hat also der Lehnsherr in die Veräußerung consentirt, und der Vasall darauf den Kaufcontract mit einem dritten abgeschlossen, so ist der Vasall ohne Zweifel aus dem Contract verpflichtet, und es liegt zugleich ein Contract vor, der die Substanz des Lehns afficirt.

Diese aus dem Contract entspringende Verbindlichkeit ist aber, da sie nicht zu den höchstpersönlichen gehört, eine solche, welche ihrer Natur nach auf die Erben des Veräußers

29) Fr. II. Fr. 178. §. 3. D. L. 17. de Verb. signif. Hennemann a. a. O. §. 2. S. 9.

30) v. Kampß a. a. O.

äußeres übergehen kann, und so macht sie folglich ein onus hereditarium aus.

Soll nun der Descendent die onera hereditaria übernehmen, und als solcher, diese selbst feudi nomine erfüllen, so muß das Gesetz, da es ganz allgemein redet, auch wollen, daß zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit, da sie die Substanz betrifft, auch die Substanz und nicht bloß die Früchte des Lehns, weggegeben werden soll. Sonach ist der Sohn den Contract, den der Vater über die Veräußerung des Lehns abgeschlossen hat, allerdings zu halten schuldig, und er würde gegen die Handlungen des Verstorbenen anstoßen, wenn er denselben umzustoßen, versuchen würde.

Zwar wird hiegegen [31]) erwiedert: die Antretung der Erbschaft verpflichte den Erben nur, die facta des Erblassers zu leisten, welche entweder auf die in seiner Gewalt befindlichen oder von der Willkühr des Erben abhängenden Sachen Bezug hätten: diejenigen facta hingegen, welche weder die Sachen des Verstorbenen, noch die eigenen Sachen des Sohns beträfen, seyen von dem Erben nicht zu leisten. Nun sey aber das Lehn weder der Willkühr des verstorbenen Vaters, noch der des succedirenden Sohns überlassen, sondern es werde beiden unter der Bedingung deferirt, daß es allen Nachkommen restituirt werde. Der Sohn sey daher nicht gehalten, die Disposition des Vaters anzuerkennen. Da jedoch der Besitz des Lehns bekanntlich den Vasallen ein dominium utile und die ausschließliche Befugniß der Benutzung desselben gewährt, und in eben der Maaße auf den Lehnsfolger übergeht, so folgt hieraus, daß die Veräußerung des Lehns allerdings eine dem Erblasser und Erben gehörende Sache zum Gegenstande hat. Zwar steht dem Lehnsherrn das dominium directum an

31) I. L. B. Boehmer de filio vasalli Cap. 3. §. 4. Weber Lehnrecht §. 276. Pract. Erörter. Th. II. nro. 8. S. 141.

dem Lehn zu, allein durch seinen Consens in die Veräußerung tritt er dem Contracte bei, und aus dieser Rücksicht kann umsoweniger Etwas dagegen eingewandt werden, als eines Theils durch das Einholen des Consenses dem Gesetze genügt ist, und andern Theils Niemand mehr Rechte auf andere bringen kann, als er selbst hat, daher jedenfalls nur das dominium utile und die Nutzungsrechte übertragen seyn würden.

Daß aber das Lehn schon dann der Descendenz des Besitzers gehöre, wenn solcher noch gar nicht geboren ist, wird gewiß Niemand behaupten wollen.

Solchemnach kann es denn wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das Lehn in dem Augenblick, wo es veräußert wird, dem Lehnsherrn und dem Vasallen gehöre; nach dem Tode des Veräußerers würde es dagegen dem Sohne zufallen, und also diesem gehören; mithin ist es eine Sache, die seinem Vater und ihm zugehört, und so muß der Sohn, wenn er Erbe geworden ist, als solcher die facta defuncti über diese ihm gehörige Sache präſtiren. [32])

Wie wenig aber eine Leistung jener Handlung seines Vaters darin gefunden werden mag, daß der Sohn, nach einigen Rechtslehrern nur schuldig erachtet werden soll, das Kaufgeld zurückzugeben, wogegen er das veräußerte Lehn zurückzufordern berechtigt sey, ist augenfällig, denn nicht dadurch präſtirt er die Handlung des Vaters, daß er das Kaufgeld restituirt, sondern er giebt vielmehr das Kaufgeld deshalb zurück, weil er die Handlung seines Va-

32) Horn Iurispr. feudal. Cap. 20. §. 17. Fachinaeus in Controv. jur. L. VII. Cap. 18. §. 19. Simon Ulr. Pistor Additam. ad Hartm. Pistor. L. II. qu. 13. Hartm. Pistor, a. a. O. nro. 66. 68. Finsterwald Observ. pract. L. IV. Obs. 63. nro. 16. 17. Pufendorf T. I. obs. 189. p. 465. sq. Paetz Lehrbuch des Lehnrechts. §. 119. u. 138.

ters nicht prästirt, und die von ihm geschehene Veräußerung nicht anerkennt.

§. 4.

III. Muß man daher annehmen, daß nach gemeinem Lehnrechte, den Söhnen eine Revocationsbefugniß in Betreff der von ihrem Vater, mit Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten veräußerten Lehne, nicht zusteht, und nicht zugestanden hat, und daß sich eine solche Revocationsbefugniß wegen der bei ihnen coexistirenden Allodialerbenqualität, um so weniger rechtfertigen läßt: so kann man auch nicht behaupten, daß diese Grundsätze des gemeinen Lehnrechts durch die hiesige Landesgesetzgebung abgeändert seyen.

Ein historisches Zeugniß hierfür bietet eine gar merkwürdige Entscheidung dar, welche Herzog Erich von Lauenburg, auf den Antrag des Abts Jordanus zu Loccum, im Jahre 1318, von dem versammelten Lehnshofe auswirkte. Da nämlich die Söhne derjenigen, welche dem Kloster Lehnsstücke verkauft hatten, unter dem Vorwande der Unveräußerlichkeit derselben, das Kloster sehr oft antasteten, und Geld von demselben erpreßten, so entschied der Lehnshof: Quod ea quae pater sana mente donaverit, vendiderit aut quolibet alio modo — alienaverit, filiis in minore aetate constitutis, nullo unquam tempore filii debebunt aut poterunt retractare. [32])

Sodann aber bestätigt die Calenbergische Canzleiordnung von 1663 [33]), die Grundsätze des gemeinen Lehnrechts ganz und gar, indem sie verfügt: "Und weil die Söhne,

33) Wiedemann Geschichte des Klosters Loccum (1822) S. 21.

34) Tit. XXXVI. §. 26.

vermöge Unserer Landesconstitution, ihres Vaters Schulden auch aus den Lehngütern, es seyen dieselben gleich ex pacto et providentia, hereditaria oder mixta, antiqua oder nova zu zahlen, und also der Lehn, sie rühren her, wo sie wollen sammt dem Erbe cum onere aeris alieni entweder zugleich sich zu unternehmen, oder denselben gänzlich und zugleich zu enthalten, verpflichtet, jedoch mit dieser Erklärung: wenn ein Sohn sich des beneficii inventarii nach Verordnung der Rechte bedient, daß er alsdann ultra vires hereditarias und soweit sich daneben seines Vaters hinterlassenes Lehn erstreckt, den creditoribus nicht verbunden, noch de proprio, was er erworben, und was ihm sonsten zufällt, Etwas zuzuschießen schuldig seyn soll; denn auch mit Vorbehalt des Mitbelehnten Rechtes, welche in die Verpfändung nicht gewilligt, denen solches hernacher, wenn sich das Lehn an sie verledigt, zu keinem Nachtheil gereichen kann; so lassen Wir es auch bei solcher Verordnung nochmals bewenden, gleichwohl mit dieser Moderation, daß demjenigen, so die Schulden selber nicht gemacht, so viel gelassen — werde, damit er seine nöthigen Alimenta behalten und die gewöhnlichen Lehndienste davon abstatten könne".

Zwar redet diese Verordnung nicht nur von dem onere aeris alieni, sondern sie bestimmt sogar, daß, wenn der Vasall die Schulden selbst nicht contrahirt, ihm eine Competenz aus dem Gute ausgesetzt werden soll, und so scheint es, als wenn sie die Absicht gehabt habe, daß nicht die Substanz des Lehns, sondern nur die Früchte desselben den Gläubigern überwiesen, und diese letztern dem Vasallen einen Theil derselben zu seinem Lebensunterhalte abgeben sollen. Aber offenbar hat das Gesetz zwei Fälle vor Augen gehabt: Einmal den Tod des Vasallen, und die Pflicht seines Sohns als Erben; Sodann aber einen, nach dem Tode des Vasallen über

sein Vermögen ausgebrochenen Concurs.

Im erstern Falle soll der Sohn, wie es schon das gemeine Lehnrecht verordnet, die Allodial= und Lehnerbschaft zugleich antreten oder beide ausschlagen. Doch kann er die Erbschaft cum beneficio inventarii antreten, und dann schießt er zwar aus seinem eigenthümlichen Vermögen nichts zu, muß jedoch facta defuncti, auch feudi nomine prästiren, insoweit des Vaters hinterlassenes Lehn sich erstreckt. Den Rechten der Agnaten soll dadurch aber nicht präjudicirt werden, und, wenn das Lehn verpfändet worden, also eine alienatio impropria vorliegt, so soll das Lehn dem Agnaten im Eröffnungsfall anheimfallen. Hat nun der Vater das Lehn veräußert, so liegt hier ein factum vor, welches sich nur auf dieses Lehn bezieht; der Sohn soll solches factum aber, insoweit das Lehn sich erstreckt, prästiren, und kann mithin selbiges nicht wieder erlangen. Sichert die Verordnung dem Pfandinhaber den Besitz des Lehns auf so lange zu, bis das Successionsrecht den Agnaten deferirt wird, so schließt es die Revocationsbefugniß der Söhne damit aus. Es geschieht dieses aber gerade in Rücksicht der Erbenqualität der Söhne, und darin liegt denn die Absicht des Gesetzgebers, daß die Söhne auch aus der Substanz des Lehns facta prästiren sollen, da sie Besitz und Genuß, also das ganze ihnen aus dem Lehnsnexus zustehende Recht, nicht wieder erlangen können.

Dagegen könnte man freilich sagen: Bei einer Verpfändung bleibe den Söhnen noch immer die Möglichkeit der Wiedererlangung des Lehns durch Einlösung desselben; bei einer Veräußerung, und wenn solche nicht von ihnen angefochten werden können, gehe das Lehn dagegen auf immer verloren. Da also ein bedeutender Unterschied zwischen Verpfändung und Veräußerung obwalte, so möge die erste keinen Schluß auf die letztere zulassen. Indessen ist es

ersichtlich, daß das Gesetz nur in Bezug auf die Agnaten den Fall der Verpfändung besonders hervorhebt, um anzuzeigen, daß keine Art der Veräußerung, auch nicht eine alienatio impropria dem Rechte derselben Eintrag thun könne; die Pflicht der Söhne ist dagegen ganz allgemein gefaßt; diese sollen ultra vires hereditarias zu haften, nicht verbunden seyn, hierunter aber das ganze väterliche Lehn mitrechnen, uud zwar, in so weit es sich erstreckt, was doch gewiß die ganze Substanz begreift.

Bei dem zweiten Falle eines Concurses verhält sich dagegen die Sache anders.

Hier nimmt das Gesetz offenbar an, daß das Lehn nicht veräußert, sondern nur mit Schulden belastet ist, so daß kein factum alienationis vorliegt, was der Sohn, als Erbe seines Vaters zu prästiren, verbunden wäre. Den Gläubigern wird es aber niemals zustehen, die Veräußerung zu verlangen, und ihr Recht erstreckt sich nur auf die bereits fällig gewesenen Früchte, welche, sobald sie participirt sind, zum Allodio gehören.

Nach diesem so eben Gesagten, kann es einer besondern Untersuchung darüber nicht bedürfen, in wie fern der Sohn, wenn er die väterliche Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten, sich dadurch von der Pflicht befreien könne, die von dem Vater angenommene Veräußerung des Lehns bestehen zu lassen, da das Gesetz das Lehn ausdrücklich von demjenigen Vermögen ausschließt, welches der Sohn durch das beneficium legis et inventarii sich erhalten kann.

XII. Erörterung.

Ueber die wechselseitige Alimentationspflicht ehelicher Geschwister.

Ueber die Frage: ob den Geschwistern eine Zwangsverpflichtung obliege, sich gegenseitig zu alimentiren, oder ob hier nur eine Liebespflicht vorliege? sind bekanntlich die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr getheilt. Einige[1]) nehmen das erstere, andere[2]) das letztere an.

Die in Betreff dieser Frage zur Anwendung kommenden Stellen des römischen Rechts, drücken sich nicht deutlich über dieselbe aus; ihre Erklärung ist zweifelhaft, und da fast alles auf Schlußforderungen beruht, sowohl für die eine als die andere Ansicht zu deuten.

Ueberwiegende Gründe scheinen jedoch für diejenige Ansicht zu streiten, nach welcher die Alimentationsverpflichtung der Geschwister gegen einander, zwar eine subsidiaire ist, aber dennoch als eine Zwangsverpflichtung angesehen werden kann.

Wichtig ist in dieser Hinsicht zuvor die Bemerkung, daß die römischen Juristen, als Princip einer Alimenta-

1) Leyser sp. 325. m. 1. 2. Sande de singulari fratrum jure §. 20. Pufendorf Tom. IV. obs. 166. §. 13. Thibaut civilistische Versuche Th. I. nro. 12. Dessen Pandektensystem. §. 347.

2) Müller ad Leyser. T. III. P. I. obs. 581. Boehmer jus nov. contr. T. I. obs. 150. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 104. Höpfner Commentar. §. 105. Anm. 2. Schweppe System des Civilr. §. 642.

tionsverpflichtung im allgemeinen, die aequitas und caritas sanguinis aufstellten, und sich sorgfältig hüteten, die Personen, denen die Alimente gebühren sollten, auf eine bestimmte Zahl und bestimmte Classen einzuschränken. Utrum autem, sagt Ulpian [3]), tantum patrem, avumve paternum, proavumve, paterni avi patrem, ceterosque virilis sexus parentes, alere cogamus, an vero etiam matrem, ceterosque per illum sexum contingentes cogamus alere, videndum. Et magis est, ut utrubique judex se interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et quum ex aequitate haec res descendat, caritateque sanguinis singulorum desideria perpendere judicem oportet. Dem Ermessen des vorzugsweise das Factische ermittelnden Iudex sollte es also im allgemeinen vorzüglich überlassen seyn, für jeden einzelnen Fall zubeurtheilen, ob die geforderten Alimente zu verabreichen seyen;mithin,ob demjenigen, von welchem sie gefordert würden, eine solche Zwangsverpflichtung obliege oder nicht, und hierbei sollte ihm die aequitas und caritas sanguinis zur Richtschnur dienen.

Hält man diesen Grundsatz fest, so ergiebt sich hieraus, daß die Frage: ob den Geschwistern eine gegenseitige Alimentationspflicht als Zwangspflicht obliege? eigentlich nur eine Thatfrage (quaestio facti) und keine Rechtsfrage ist, die nach den jedesmal vorliegenden Verhältnissen, bald so, bald anders entschieden werden muß. Und in diesem Sinne scheint sie auch in den übrigen Stellen genommen zu werden.

Die erste hier in Betracht kommende Stelle [4]) geht dahin: In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne, cui non debitum, solvat; nec nuptiale munus

3) Fr. 5. §. 4. D. XXV. 3. de agnosc. vel al. liberis.

4) Fr. 13. §. 4. D. XXVI. 7. de administr. et pericul. tutor.

munus matri pupilli, vel sorori mittere. Aliud est, si matri forte, aut sorori pupilli ea, quae ad victum necessaria sunt, praestiterit, cum id ipsa sustinere non possit; nam ratum id habendum est. Der Pupill soll also die geleisteten Alimente zu genehmigen gehalten seyn, und solche nicht zurückfordern können; wogegen er zurückfordern kann, wenn sonst etwa der Vormund etwas an Personen ausgezahlt haben würde, denen es nicht zukam. In der zweiten[5]) heißt es: Nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor sit pupillo ad diminuendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit — quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit; womit eine dritte[6]) zu verbinden ist, welche folgendermaßen lautet: Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, quum in familia nupsisset, ducenta legaverat, nec quidquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit. Is a cognatis et propinquis pupillae perductus ad magistratum, jussus est alimenta pupillae, et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur, pupillae nomine praeceptoribus dare; pubes factus pupillus puberi jam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae judicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit? Respondi, existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, quum haec aliter ei contingere non possent, nihilo eo nomine tutelae judicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere. Beide Stellen sagen, der Vormund könne — decreto in-

5) Fr. I. §. 2. D. XXVII. 3. de tutel. et rat. distr.

6) Fr. 4. D. XXVII. 2. ubi pupill. educar.

terveniente — **gezwungen werden**, der Schwester des Pupillen die Alimente nicht zu verweigern, und der Pupill sey nicht befugt, die geleisteten Alimente, selbst, wenn der Vormund sie citra magistratuum decreto gezahlt habe, von dem Vormunde erstattet zu verlangen. Nun ist es zwar richtig, daß die erste und letzte dieser Stellen, auch auf eine Liebespflicht, die der Vormund erfüllt habe, gedeutet werden können, dagegen steht aber auch nichts im Wege, sie von einer Zwangspflicht zu deuten; und was die zweite anbetrifft, so scheint diese viel natürlicher von der letztern, und nicht von der erstern verstanden werden zu müssen, indem vorausgesetzt wird, daß durch das Decret des Richters in dem vorliegenden einzelnem Falle, eine solche ausgesprochen worden war. Da nun der Vormund schuldig ist, die Zwangspflichten des Pupillen zu erfüllen, so konnte er, falls er die Alimente zu verabreichen, vernachläßigt hatte, mit der Actio tutelae in Anspruch genommen werden.

Diese Deutung wird auch durch eine andere Stelle bestärkt, welche von Thibaut vorzüglich hervorgehoben ist, wiewohl dieser berühmte Rechtslehrer weiter geht, und aus derselben folgert, daß man die Pflicht, den Geschwistern Alimente zu verabreichen, **nothwendig** zu den Zwangspflichten zählen müsse.

Paulus [7]) sagt nämlich: Quum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituat; alimenta servis, libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit; solennia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae; etiamsi aliter ea nubere non po-

7) Fr. 12. §. 3. D. XXVI. 7. de adm. et per. tutor.

terit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

„Der wesentliche Inhalt dieses Gesetzes ist, bemerkt Thibaut: der Tutor soll a) die Zwangspflichten des Pupillen erfüllen; er soll b) alles thun, was dem Pupillen in Ansehung seines Vermögens vortheilhaft ist; er soll ferner c) die sogenannten Ehrenpflichten des Pupillen, d. h. diejenigen, welche man durchaus nicht vernachlässigen darf, um im gemeinen Leben für einen honetten Menschen gehalten zu werden, erfüllen, also z. B. nach unsern Sitten, wenn der Mündel über 14 Jahr alt und zum Taufzeugen gebeten ist, das gewöhnliche Pathengeld für ihn geben, oder, nach römischen Gebräuchen, den Aeltern und nahen Verwandten desselben das herkömliche Geburtstagspräsent schicken, nicht aber d) die bloß moralischen Verbindlichkeiten desselben — quae honeste et ex liberalitate fiunt — erfüllen. Nun aber ist es a) von selbst einleuchtend, daß wenn der Tutor die Geschwister des Pupillen nährt und kleidet, diese Handlung keineswegs zu den einträglichen gehört. Eben so wenig wird es b) von den Römern als eine Handlung der bloßen Schicklichkeit und des bloßen Anstandes angesehen, wenn man jemand die Alimente giebt, sondern überall, wo der Gebende nicht dazu gezwungen werden kann, rechnen sie dieselbe zu den Handlungen der Moralität, des Mitleids und der Wohlthätigkeit. Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi [8]). — Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro hic aliquas magistris expendisti, ejus erogationis tibi nulla repetitio est. [9]) Die Pflicht, die Geschwister zu ernähren, kann also nur entweder zu

8) Fr. 27. §. 1. D. III. 5. de negot. gest.

9) c. 15. C. II. 19. eod.

den Zwangs- oder zu den Liebespflichten gehören. Da nun aus den obenangezogenen Gesetzen erhellt, daß der Tutor dazu gezwungen werden kann, der Tutor aber, nach dem Ausspruch des Paulus nicht einmal die Liebespflichten des Pupillen erfüllen darf; so scheint mir unwidersprechlich zu folgen, daß man die Pflicht, den Geschwistern die Alimente zu verabreichen, nothwendig zu den Zwangspflichten zählen muß."

Wenn ich nun gleich nicht soweit gehen möchte, als hier geschieht, so erhellt aus der von Thibaut gegebenen bündigen Schlußfolge, wenigstens so viel, daß unter besondern Verhältnissen, der Richter jene Alimentationspflicht als Zwangspflicht aussprechen konnte, und daß, wenn er dieses einmal gethan hatte, und der Vormund dessenungeachtet jene Alimentation versäumte, dieser in Anspruch genommen werden konnte.

Dazu kömmt, daß in den drei ersten jener Stellen, überall Mutter und Schwester mit einander verbunden sind, und in einer Proposition aufgeführt werden, welches, da die Alimentation der Mutter in der Regel eine Zwangspflicht ist, gewiß nicht geschehen seyn würde, wenn man die richterliche Befugniß, in vorkommenden Fällen, eine Zwangspflicht der Geschwister sich gegenseitig zu alimentiren, auszusprechen, hätte beschränken wollen. [10])

Diese richterliche Befugniß wird nun außerdem noch durch eine bedeutende Analogie bestärkt.

Justinian bestimmt nämlich in der Novelle LXXXIX. Cap. 12. §. 6. Si quis autem habens filios legitimos, relinquat naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus; pasci vero naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam. Bezieht sich

10) Leyser l. c. Averan. Interpret. L. II. c. 29. n. 6. 7. 8.

freilich diese ganze Verfügung wahrscheinlich darauf, weil die Concubinenkinder durch jene Novelle von der Erbschaft ausgeschlossen wurden, so läßt sich dennoch auf dieselbe der Schluß bauen: wenn sogar die ehlichen Kinder den Concubinenkindern Alimente geben sollen, warum soll nicht unter besondern Verhältnissen den ehlichen Kindern die Zwangspflicht auferlegt werden können, ihre ehelichen Geschwister zu alimentiren?

Und warum soll nicht umsomehr der Richter die Befugniß haben, als keine einzige Stelle nachgewiesen werden kann, welche jene Alimentationspflicht ausdrücklich unter den Liebespflichten aufführte, und als andere Gründe der dieselbe zu jenen letztere zählenden Rechtslehrer; nämlich der Satz: qui legitimam alteri absolute relinquere haud debet, is nec obligatus est ad eum alendum, erwiesen falsch[11]) sind?

Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß in allen Fällen, wo jene Alimentationspflicht als Zwangspflicht ausgesprochen werden soll, solches nur subsidiair, d. h. in Ermangelung sonstiger näherer zur Alimentation verpflichteten Verwandten, also, nächst dem Vater, einer wohlhabenden Mutter, hierauf der ehlichen väterlichen, und endlich der ehlichen mütterlichen Ascendenten, geschehen muß.

Das Oberappellationsgericht in Celle hat daher kein Bedenken getragen, in dazu geeigneten Fällen, den Grundsatz anzunehmen, daß ehliche Geschwister sich wechselseitig zur Alimentation verpflichtet sind,[12]) und denselben unter dem 1 Dec. 1826, in Sachen G. gegen G. wiederholt ausgesprochen.

Als nämlich der Colon G***, nach dem Tode seines Vaters, des Altvaters G., bei dem Amte W***,

11) Thibaut Versuche a. a. O. S. 226.

12) v. Ramdohr jur. Erfahrungen. Th. I. S. 80.

darauf antrug, daß die von demselben auf den Altentheil eingeheirathete zweite Ehefrau desselben, sammt ihren mit jenem erzeugten, sich in der höchsten Dürftigkeit befindenden Kindern, die Altentheilswohnung sofort zu räumen habe, das Amt W. zwar diesen Antrag verworfen, die Justizcanzlei aber denselben, auf dagegen eingewandte Appellation des Colon G*, stattgegeben hatte; so erkannte das Oberappellationsgericht, auf die dawider fernerweit eingewandte Appellation der Wittwe G***: "Wenn nun im vorliegenden Falle dem Imploraten (Colon G.) bei der gänzlichen Mittellosigkeit der Implorantin (Wittwe G.), und in Ermangelung der zur Alimentation verpflichteten nähern Verwandten, seinen Geschwistern ein Obdach oder Wohnung zu verabreichen obliegt, mithin der Anspruch der Implorantin in dieser Hinsicht als in den Rechten wohl begründet sich darstellte — so habt ihr unter Wiederaufhebung eures emendatorischen Rescripts vom 2 Mai d. J., die Bescheide Unsers Amts W*** vom 7 Dec. d. J. und 27 Jan. d. J. lediglich wieder herzustellen."

XIII. Erörterung.

Einige Bemerkungen über die sogenannte Succession der dürftigen Ehefrau.

Bekannter Maaßen war es in der Novelle XXIX. Cap. 18. ausgesprochen, daß, wenn eine Ehe, bei welcher keine dos und donatio propter nuptias bestellt war, durch die Schuld eines Ehegatten getrennt wurde, der Unschuldige den vierten Theil des Vermögens des Schuldigen erhielt. Dieses Viertheil dehnte Justinian in der Novelle LIII. auf den Fall aus, wenn bei Auflösung der Ehe durch den Tod, der Ueberlebende arm und der Verstorbene reich sey, und veranlaßte hierdurch die sogenannte Succession (denn eigentlich ist dieselbe nicht sowohl als eine Intestaterbfolge, sondern vielmehr als eine Schuld des Nachlasses des Verstorbenen zu betrachten, welche dem Berechtigten durch keine Anordnung im Testamente entzogen werden kann) des dürftigen Ehegatten, welche durch die Novelle CXVII. Cap. 5. bestätigt, aber nur auf die Frau beschränkt wurde.

Bedingung bei dieser Succession war Reichthum oder Wohlstand des Mannes, Armuth der Frau und nicht erfolgte Scheidung.

Unter den Rechtsgelehrten ist nun oft die Frage aufgeworfen, wie wenig eine solche Wittwe gerade im Vermögen haben müsse, um jene Gesetze auf sie anwenden zu können, und, wiewohl es hier die natürlichste Ansicht war, dieselbe nur als eine Thatfrage, nicht aber als eine Rechtsfrage zu betrachten, und demgemäß anzunehmen sey, daß jede Wittwe für dürftig anzunehmen sey, die

nicht soviel besitze, um einigermaaßen standesmäßig leben zu können [1]), so haben dennoch einige [2]) sich streng an die Worte der Novelle LIII. Cap. 6. §. 2. halten zu müssen geglaubt, und die Ansicht aufgestellt, daß eine solche Armuth der Frau, weshalb sie weder eine dos constituirte, noch zu constituiren im Stande war, vorhanden seyn müsse, mithin, wie es scheint, angenommen, daß eine jede Bestellung einer dos, ab Seiten der Frau, ihr das Recht auf die Quart unbedingt entziehe.

Diese Ansicht scheint aber nicht gebilligt werden zu können, weil sie das im Gesetze nur beispielsweise Erwähnte, als Bedingung ansieht, und den Geist und Sinn desselben offenbar verkennt.

Der Eingang des Cap. 6. der Novelle LIII. geht nämlich dahin: Quoniam vero ad clementiam omnis a nobis aptata est lex, videmus autem quosdam cohaerentes mulieribus indotatis, deinde morientes, et filios quidem ex lege vocatos ad paternam hereditatem, mulieres autem, licet decies millies in statu legitimae conjugis manserint, attamen eo, quod non sit facta neque dos, neque antenuptialis donatio, nihil habere valentes, sed in novissima viventes inopia, propterea sancimus, providentiam fieri etiam harum et in successione morientis et hujusmodi uxorem cum filius vocari. Aus diesen Worten ergiebt sich aber die Absicht des Gesetzgebers zwei=

1) Strube rechtl. Bedenken. Th. II. nro. 58. §. 1. (CCXC meine Ausgabe) v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. II. nro. 40. — Völlig verwerflich ist die Ansicht bei Pufendorf T. III. obs. 177., daß jede Witwe arm zu nennen sey, die nicht so viel habe, als der vierte Theil des Vermögens des verstorbenen Mannes ausmache, denn diese Bestimmung ist in den Gesetzen nicht enthalten, und rein willkührlich.

2) z. B. Schweppe röm. Privatrecht. §. 976.

zweifellos dahin, daß er in dem Falle, wo ein reicher Ehemann verstarb, und eine dürftige Wittwe hinterließ, für dieselbe sorgen wollte, weil es unbillig sey, daß eine Wittwe, welche die Pflichten einer Ehefrau treulich erfüllt, und während des Ehestandes reichlich gelebt hätte (licet decies millies in statu legitimae conjugis manserit), nach dem Tode ihres Mannes darben solle, während die Kinder aus dem Vermögen des Verstorbenen im Ueberflusse schwelgten. Wenn er dabei von mulieribus indotatis redete, so geschah dieses nur Beispielsweise [3]), weil es als ausgemacht angesehen werden konnte, daß eine Ehefrau, welche weder dotem bestellt, noch eine donatio antenuptialis empfangen hatte, nach dem Tode ihres Mannes gewöhnlich nichts weiter besaß, und also als höchst dürftig anzusehen war. Wollte man dagegen annehmen, daß es, um die Wittwe des Anspruchs auf die Quart theilhaft zu machen, wesentliche Bedingung gewesen sey, daß sie überall keine dos inferirt, oder ihr überall keine donatio ante nuptias constituirt sey, so würde Justinians Absicht, nämlich die Wittwe vor Dürftigkeit zu sichern, sehr häufig vereitelt worden seyn, indem die Ehefrau, welche etwa eine höchst geringfügige dos inferirt haben würde, wogegen der Ehemann ein sehr bedeutendes Vermögen hinterlassen hätte, bei seinem Tode in sehr dürftige Verhältnisse gerathen seyn würde, wenn sie nicht einen Anspruch auf die Quart hätte haben sollen.

Dazu kömmt, daß die nicht geschehene Inferirung einer dos, um so weniger als wesentliche Bedingung jenes Anspruchs angesehen worden ist, als Justinian selbst in dem Falle, wo eine dos nicht inferirt oder eine donatio ante nuptias nicht constituirt seyn würde, die Ehefrau mit diesem Anspruche ausschließt, in so fern sie sonst hinrei-

3) v. Ramdohr jurist. Erfahrungen. Th. I. S. 608. 609.

chendes Vermögen[4]) zu ihrem Unterhalte besitzen würde. Nam si aliunde forsan habeat, heißt es im §. 2. des angeführten Cap. VI., non offerentem dotem, aut non dantem propter nuptias donationem, non erit justum gravare filios per successionem.

Das Oberappellationsgericht zu Celle hat daher stets[5]) angenommen, daß eine Wittwe, wenn sie gleich eine geringfügige dos eingebracht habe, mit ihrem Anspruche auf die Quart nicht zu enthören sey, und noch am 19. Febr. 1817 in Sachen W*** Wittwe, gegen W***sche Vormundschaft erkannt: "Da der Anspruch der Implorantin auf die quartam conjugis inopis in allen Maaßen als begründet erscheint, indem theis durch eine Vergleichung der Vermögensverhältnisse des verstorbenen Ehemannes der Implorantin mit den ihrigen, wie sie um die Zeit des Todes jenes erstern, also ohne Rücksicht auf die später bewilligte Pension beschaffen waren, theils durch die Betrachtung, daß die Implorantin von den Zinsen, welche das ihr zustehende Capital abwirft, eine standesmäßige Lebensart zu führen auf keine Weise im Stande ist, die rechtlichen Requisite zu der von ihr in Anspruch genom-

4) Ob ein solches eigenes Vermögen auch dann als vorhanden anzunehmen sey, wenn die Frau einen reichen Vater hat, der sie alimentiren kann, und ob in diesem Falle der Anspruch auf die Quart wegfalle, ist gleichfalls bestritten. Bejaht wird solches von Strube, Bülow u. Hagemann a. a. O. u. a. Verneint von Perez ad Cod. tit. unde vir et uxor, nro. 4. v. Ramdohr a. a. O. — Letztere Ansicht scheint doch die richtige zu seyn, da die Quart der Frau als unbedingte Schuld des Nachlasses des Verstorbenen zu betrachten ist, mithin die Befugniß der Frau, aus jenem Grunde von den Erben des Mannes nicht bestritten werden kann.

5) v. Ramdohr a. a. O.

menen Succession also vollkommen erschöpft werden, wogegen der von Euch als entscheidend betrachtete Umstand, daß die Implorantin ihrem Ehemanne einen Brautschatz bestellt hatte, nach dem Geiste und Zwecke der Gesetze nur in dem, offenbar hier nicht eintretenden Falle, für relevant würde erachtet werden können, wenn aus einer solchen constitutio dotis der Mangel des vorhin erwähnten Requisits, nämlich der Dürftigkeit der überlebenden Ehefrau sich ergeben sollte, so habt Ihr unter Wiederaufhebung Eures Bescheides" u. s. w.

Dieses Erkenntniß berührt zugleich eine andere, oft zur Sprache gebrachte Frage: ob die Wittwe deshalb mit jenem Anspruche nicht gehört werden könne, wenn sie selbst, ein, wenn gleich nicht zum standesmäßigen Unterhalte hinlängliches, Vermögen besitzt, oder, wenn sie eine Gnadenpension erhalten hat?

Was den ersten Punct anbetrifft, so ist es aus §. 4 des Cap. 6. der Novelle LIII. deutlich genug zu ersehen, daß falls das eigene Vermögen der Wittwe so beträchtlich ist, daß sie nicht als dürftig betrachtet werden kann, jener Anspruch auf die Quart wegfallen muß, wogegen sie allerdings einen solchen Anspruch haben muß, wenn solches nicht hinlänglich ist, um ihr einen standesmäßigen Unterhalt zu verschaffen. Begründet nämlich nicht der gänzliche Mangel einer dos oder donatio ante nuptias, wie oben gezeigt worden ist, den Anspruch auf die Quart; sondern ist es hiezu hinreichend, daß nur eine unzulängliche dos oder donatio ante nuptias constituirt ist, so folgt hieraus, daß auch der Besitz eigenes Vermögens, wenn solches nur zu jenem standesmäßigen Unterhalt unzureichend [6]) ist, die Wittwe zu jenem Anspruche berechtigen muß.

6) Daß in einem solchen Falle das Vermögen der Frau in die Quart einzurechnen und ihr nur das Fehlende aus dem Nachlasse ergänzt werden

Und was den zweiten Punct anlangt, so würde eine Pension, welche der Ehemann aus seinem Vermögen, der Frau verschafft hat, indem er sie etwa in eine Wittwencasse eingekauft hat, falls sie unzulänglich wäre, ebenso gut einen Anspruch auf Ergänzung derselben bis zu dem Betrage der Quart begründen können, als die Novelle LIII. ausdrücklich will, daß, wenn der Frau von dem Manne etwas hinterlassen sey, solches ergänzt werden solle, wenn solches zu wenig sey.

War dagegen der Frau von Seiten des Staats oder des Dienstherrn ihres verstorbenen Mannes, eine Gnadenpension gegeben oder von ihr erwirkt, so würde durch diese jener Anspruch auf die Quart gleichfalls nicht entkräftet werden können, da aus den Worten der Novelle — in novissima viventes inopia — geschlossen werden muß, daß es auf den Vermögensbestand der Frau in dem Augenblicke des Todes des Mannes allein ankömmt, und erlangte Versorgung nach dem Tode des Mannes, sey es durch zweite Heirath, Erbschaft, Pensionen und dergl. das Recht der Frau auf jene Quart nicht wieder aufhebt.

So erkannte denn auch das Oberappellationsgericht

müsse, wie Strube a. a. O. mit mehreren Rechtslehrern behauptet, ist irrig, da nur dann eine solche Ergänzung eintritt, wenn der Mann der Frau etwas hinterlassen hat, dieses aber zu wenig ist, und jene Behauptung selbst den Worten der Novelle LIII. Cap. 6. §. 1. widerstreitet. Mit Recht wird daher jene Behauptung von Thibaut Pandketenr. §. 689. u. Schweppe a. a. O. §. 976. eine grundlose genannt, wie die Grundlosigkeit derselben auch in Martin Rechtsgutachten des Heidelberger Spruchcollegii B. I. nro. 10. §. 11. 12. ausgeführt worden ist. Hiernach würde denn auch die bei v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. II. nro. 41. aufgestellte Berechnungsart der Quart zu modificiren seyn.

am 18. Nov. 1824, in Sachen F. Witwe v. F-sche Vormundschaft: „Wenn nun die Qualification einer unvermögenden Wittwe zu dem ihr ex singulari beneficio legis zugesicherten Erbrechte an dem Nachlasse ihres wohlhabenden Mannes nur nach der Lage ihres Vermögens zur Zeit des Todes des letztern zu beurtheilen ist, der Implorantin hierunter auch die allgemein angenommene, sowohl doctrinelle als grammatische Interpretation der hier einschlagenden Gesetzesstellen zur Seite steht; solchemnach aber der von derselben erhobene Anspruch, weder durch das in der später verwilligten Gnadenpension ihr verliehene Subsistenzmittel, noch dadurch, daß sie jenen Anspruch, erst nach der geschehenen Pensionsverwilligung geltend gemacht hat, verloren gegangen ist; so habt Ihr — den der Implorantin auferlegten Beweis eines Mangels hinreichender Subsistenz aus eigenem Vermögen, auf die Todeszeit ihres Ehemannes zu beschränken, folglich auch, den, dem Imploraten nachgelassenen Gegenbeweis, daß der Implorantin bereits unter dem 21. Dec. 1821 die jährliche Pension von 200 Rthl. landesherrlich verwilligt worden, zurückzunehmen.“

XIV. Erörterung.

Ueber den Rechtszustand in den vormals Hessischen Aemtern Auburg, Freudenberg und Uchte, und die in denselben geltenden Gesetze.

In Gemäßheit einer mit Sr. Majestät, dem Könige von Preußen unter dem 23. Sept. 1815 zu Paris getroffenen freundschaftlichen Uebereinkunft, und unter Zustimmung Sr. Königl. Hoheit, des Kurfürsten von Hessen, wurden außer der Herrschaft Plesse, dem Kloster Höckelheim und dem Amte Neuengleichen, auch die Aemter Auburg (auch Wagenfeld) genannt, Freudenberg und Uchte, seit dem 1. Jan. 1816, von Kur Hessen an das Königreich Hannover abgetreten, und unter dem 31. Januar, und 2ten und 4ten Februar 1816 förmlich in Besitz genommen. Mittelst Rescripts vom 15. Febr. desselben Jahres wurden dieselben den gerichtlichen und administrativen Provincialbehörden zu Hannover, namentlich dem Consistorio und der dasigen Justizcanzlei, so wie nachmals, in administrativer Hinsicht, der Landdrostei zu Hannover untergeben, und nur das Amt Auburg verlor seine Selbstständigkeit in so fern, als es mit dem Amte Diepholz vereinigt worden ist.

Der Rechtszustand in diesen Aemtern hat mancherlei Veränderungen erlitten, wie aus der Geschichte ihrer frühern Landesherrn sich ergiebt.

Auburg war, nach einem Lehnbriefe von 1521, von den Grafen von Diepholz an Hessen-Cassel zu Lehn auf-

getragen worden [1]); mithin gehörte es früherhin zu den Besitzungen dieser Grafen. Als jedoch der Mannsstamm derselben, im Jahre 1585 mit dem Grafen Friedrich von Diepholz erloschen war, wurde das Amt von Hessen Cassel, als eröffnetes Lehn eingezogen, und mit demselben die Familie von Cornberg beliehen [2]), welche, wenn sie gleich auf die Landeshoheit Ansprüche gemacht hatte [3]), dennoch mit denselben nicht durchgekommen war, sondern nur die Patrimonialgerichtsbarkeit und das Patronatrecht über die dasige Kirche, neben ihren gutsherrlichen und anderen Gerechtsamen, besaß [4]). Die Gerichtsbarkeit derer von Cornberg umfaßte sowohl die Civil- als Criminalgerichte; die Appellation in Civilsachen ging an die Kurhessische Regierung zu Rinteln, in Criminalsachen wurden die Acten zur Abfassung eines Erkenntnisses an eine Juristenfacultät versandt. Nachdem jedoch im Jahre 1814 die ganze Patrimonialgerichtsbarkeit im Kurfürstenthum Hessen aufgehoben war, so wurde die Justiz im Amte von einem landesherrlichen Beamten verwaltet, und zwar bis zur Zeit der Abtretung desselben an die Krone Hannover.

Uchte und Freudenberg dagegen waren früher Theile der Herrschaft Neu-Bruchhausen, und gelangten, nachdem mit Heinrich von Bruchhausen, welcher 1388 in der Schlacht bei Winsen an der Aller sein Leben eingebüßt hatte, der Mannsstamm der edeln Herrn von Bruchhausen ausgegangen war, an die Grafen von Hoya, diese übertrugen beide Aemter dem Hause Hessen Cassel

1) Lünig Corp. jur. feudal. Germ. T. II. col. 1705 fgg. col. 1711.

2) Ebendas. col. 1725. 1743.

3) Schroeder theatr. praetension. T. II. p. 203.

4) Kopp Handb. der Hessen Casselschen Verfassung u. Rechte. Th. I. S. 302. fg.

zu Lehn, welche Lehnsherrschaft in einem zwischen Herzog Heinrich dem jüngern von Braunschweig Lüneburg und Grafen Jobst von Hoya, im Jahre 1524 errichteten Recesse anerkannt wurde. Nachdem nun auch mit dem Grafen Otto, der Mannsstamm in dem Hause Hoya ausgestorben war, wurden dieselben im Jahre 1584, von Hessen-Cassel als eröffnetes Lehn in Besitz genommen, jedoch hierauf von letzterm, wiederum dem Grafen zu Bentheim Teklenburg Limpurg zu Lehen übertragen. Wahrscheinlich erst im Jahre 1700 kamen sie an Hessen Cassel zurück, indem sie von jener Zeit an mit der Grafschaft Schaumburg Hessischen Antheils vereinigt wurden, und seit jener Zeit durch landesherrliche Beamten verwaltet worden sind. Mithin waren auch diese Aemter bis zur Zeit der Abtretung an Hannover, den Hessischen Oberbehörden in jener Grafschaft, namentlich der Regierung zu Rinteln untergeben.

Im allgemeinen läßt sich daher sagen, daß in dem Amte Auburg vor 1585 diepholzisches Recht, und seit jener Zeit die Hessischen Gesetze, in den Aemtern Uchte und Freudenberg dagegen zuerst Bruchhausensches und Hoyaisches, dann Bentheim Teklenburg Limpurgsches Recht, und seit 1700 Hessische Rechte gelten, wiewohl jene frühern Rechte, wie weiter unten bemerkt werden wird, kaum noch urkundlich bemerkbar seyn dürften.

Die Hessischen Gesetze haben nun bis zur feindlichen Unterbrechungszeit dort gültige Kraft gehabt, mit alleiniger Ausnahme des Kirchdorfs Neuenkirchen des Amts Freudenberg, woselbst die Landeshoheit zwischen Hessen und Hannover stets streitig war. In Rechtssachen galt daher dort lediglich das forum praeventionis, indem die Einwohner sowohl bei dem Hannoverschen Amte Ehrenburg, als bei dem Hessischen Amte Freudenberg Recht neh-

nehmen mußten, so daß also bald Hannoversche bald Hessische Gesetze dort zur Anwendung kamen.

Der Anfang der Unterbrechungszeit ist der 1. Januar 1808, und zwar, daß von diesem Tage an die königlich Westphälischen Gesetze eingeführt wurden, da diese Aemter in dem vorhergehenden Jahre zu dem Königreiche Westphalen geschlagen waren. Späterhin wurden sie dem Französischen Kaiserreiche einverleibt, und so galten seit dem 20. August 1811 die französischen Gesetze in denselben.

Schwieriger ist das Ende der Unterbrechungszeit zu bestimmen. Zwar hatte der damalige Hessische Beamte Merkel zu Freudenberg, unter dem 22. November 1813 schon eine Bekanntmachung an die Amtseinwohner erlassen, daß mit dem 24sten dess. Monats die alte Ordnung der Dinge wieder eintreten solle; da jedoch erst die erste Proclamation des Kurfürsten von Hessen an sein Volk, zu Cassel am 12. December 1815 erlassen worden ist, so scheint dieser letztgedachte Tag um so mehr als Endtermin angesehen werden zu müssen, als es nur zu wahrscheinlich ist, daß der Amtmann Merkel, aus Vaterlandsliebe, der zu jenem Schritte erforderlichen Ermächtigung seines Landesherrn, zuvorgekommen war.

Von jenem Tage an trat also die Hessische Verfassung und Gesetzgebung wiederum in Kraft, und so sind die Hessischen Gesetze bis zum 1. Januar 1816, als dem Tage der Abtretung an Hannover, diejenigen, welche dort als gültig angenommen werden müssen.

Gestützt auf das Ungültigkeitsprincip aller von den usurpatorischen Herrschern erlassenen Verfügungen und Anordnungen, ist bekanntlich von dem Hause Hessen Cassel keine sogenannte transitorische Verordnung, zum Behuf der Rückführung der durch die usurpatorische Legislation veranlaßten Rechtsverhältnisse, auf den frühern Rechtszustand, erlassen; indessen sind einige dahin abzwek-

kende Verfügungen erfolgt, deren Kenntniß in Bezug auf jene Aemter von Nutzen seyn dürfte.

Dahin gehören

1. Verordnung, die Wiederherstellung des vaterländischen Vormundschaftswesens betreffend, vom 20. April 1814,
2. Verordnung, die Herstellung der vaterländischen Verfassung in Rücksicht der Hypotheken und Währschaften, vom 11. Junius 1814, wozu drei Verordnungen vom 28. November 1814, 25. Jun. 1815 und 9. Jul. 1815 über die Verlängerung der Eintragsfristen gehören.
3. Verordnung, die Notarien betreffend, vom 22. Jul. 1814.
4. Verordnung über die Ablieferung der Acten aus der Fremdherrschaft, vom 24. Oct. 1814.

I.

Besondere Rechtsverhältnisse im ehemaligen Amte Auburg.

Nach einem an das Königl. Cabinetsministerium von dem Amtmann Isenbart zu Hoya, unter dem 23. März 1816 abgestatteten commissarischen Berichte, sind alle Eingesessenen des Amts Eigenbehörige des von Cornbergschen Guts, so daß keiner derselben die Befugniß hat, seine Grundstücke zu verpfänden oder zu veräußern. Im Umfange des Amts gilt daher keine Meierverfassung, sondern Leibeigenthum, wie in der Grafschaft Diepholz, und so hat daher auch die Hessen Schaumburgische Meierverordnung vom 21 October 1774 keine Anwendung dort finden können; sondern es ist dagegen in den, das Leibeigenthum

betreffenden Rechtssachen zunächst nach der Observanz in der Grafschaft Diepholz [5]), so dann aber subsidiarisch nach der Osnabrückschen und Münsterschen Eigenthumsordnung verfahren worden.

Zwar hatte Landgraf Friedrich von Hessen, dem Amtmann Rorarius zu Auburg, mittelst Rescripts vom 3. November 1774, einige Exemplare jener Meierordnung zugefertigt, um solche publiciren und affigiren zu lassen, wobei demselben zugleich aufgegeben war „in vorkommenden Fällen nach solcher sträcklich zu achten" [6]); indessen ergeben folgende beide Antwortsschreiben des Kur Hessischen Obergerichts zu Rinteln an die Justizcanzlei zu Hannover, daß diese Publication gar keine Würkung gehabt habe. „Auf das gefällige Schreiben vom 7. d. M., heißt es in dem erstern, erwiedern wir, das die Schaumburger Meierordnung vom 21. Oct. 1774 auf das vormals Kurhessische Amt Auburg keine Anwendung gefunden, man sich vielmehr dort bei Meiersachen in judicando nach den bei der ersten Besetzung der Stätte errichteten Auflaßbriefen, nach gleichförmigen Observanzen und hülfsweise nach der Osnabrückschen Eigenthumsordnung gerichtet habe. Rinteln, den 23. Sept. 1825." Und in dem letztern: „Auf das gefällige weitere Schreiben vom 12 v. M., die Gültigkeit der Schaumburger Meierordnung für das Amt Auburg betreffend, erwiedern wir, daß die hiesigen Acten über die Einführung und Promulgation der Meierordnung nichts enthalten, und wir uns daher außer Stande befinden, die gewünschte Auskunft zu ertheilen, welche Bewandtniß es mit dem — Rescripte an den Amtmann Rorarius zu Au-

5) Decret des Oberappellationsgerichts zu Cassel v. 1766. in C. Gemeine Wagenfeld c. v. Cornberg u. Rorarius, bei Kopp a. a. O. S. 302.

6) Abgedr. in Schlüter u. Wallis jurist. Zeitung für das K. R. Hannover. 1827. H. II. S. 62. Anm.

burg habe. Daß indessen ungeachtet jenes Rescripts die Schaumburger Meierordnung in dem Amte Auburg überall nicht eingeführt gewesen sey, ergiebt sich auch dem hieneben auszugsweise angebogenen Berichte des Amtmanns Jacobi zu Auburg vom 7. Sept. 1795. Rinteln den 3. Nov. 1825."

Jener an die ehemalige Regierung zu Rinteln abgestattete Bericht ging nun dahin: „Mittelst Rescripts vom 22. v. M. haben Ew. mir gnädigst zu befehlen geruht, daß ich mich darüber, in welchen Stücken überhaupt, auch wie und auf welche Art die Meierordnung de 1774 nach der nun gemachten Erfahrung eine Abänderung und Modification nöthig habe? gutachtlich äußern solle. Diesem Folge zu leisten, verfehle ich nicht, anzuzeigen, daß die Meierordnung de 1774 im hiesigen Amte überall nicht eingeführt gewesen, und rührt solches daher, weil sich die Vorschriften derselben auf die hiesigen Stätten, welche in einer besonderen Eigenthumsverfassung stehen, und von den Schaumburgischen Colonialgütern sehr verschieden sind, nicht anwenden lassen; auch ist aus diesem Grunde so wenig die Schaumburgische Polizeiordnung, als eine der übrigen Verordnungen, worauf das Meieredict de 1774 sich gründet, allhier introducirt u. s. w. Uebrigens bemerke ich noch, daß zwar von Hochfürstl. Regierung in hiesigen Appellationssachen den Vorschriften der Meierordnung de 1774 gemäße Verfügungen erfolgt sind; allein es kommen auch mehrere Fälle vor, daß hochgedachtes Dicasterium davon abgegangen, wie denn auch unter andern, in Sachen G. W. Pümmel c. Fr. W. Pümmel, wie auch in Sachen J. F. Droste c. E. W. Droste, streitige Leibzucht betreffend, mit Uebergehung der in gedachter Ordnung enthaltenen desfalsigen Disposition durch die Remissorialbescheide vom 24. Nov. 1794 u. 30. Jan. 1795 resp. auf

den Beweis der vorgeschützten Observanz erkannt worden. Auburg den 7. Sept. 1795."

Als daher in Sachen F*** Vormünder gegen Marie Dorothee F***, die Frage über die Gültigkeit der Schaumburgischen Meiordnung im Amte Auburg wieder zur Sprache kam, so bestätigte das Oberappellationsgericht zu Celle, das hierüber erfolgte Erkenntniß der Justizcanzlei zu Hannover, am 29 November 1826 dahin: „Dieweil, auch abgesehen von dem, was darüber von dem judicio a quo von dem Kurhessischen Obergerichte zu Rinteln einbezeugt ist, die Ungültigkeit der Schaumburgischen Meierordnung vom 21 Oct. 1774, für die in dem vormaligen Amte Auburg, rücksichtlich der Succession in die Leibdiensterstellen bestehenden Rechtsverhältnisse, so wie dagegen die, auch während der Kurhessischen Hoheit daselbst fortgedauert habende Kraft und Anwendbarkeit der in Unserer Grafschaft Diepholz geltenden Colonatrechte und Gewohnheiten, aus sichern historischen Notizen hervorgeht, so hat das Suchen, wegen Unerheblichkeit der Beschwerde, keine Statt."

Nach dem oben angeführten Berichte des Amtmanns Isenbart, findet ferner das jus retractus, welches in den Aemtern Uchte und Freudenberg gebräuchlich ist, im Amte Auburg gleichfalls nicht Statt, und macht außerdem die Bewachung der Verbrecher und Gefangenen, die Heitzung und Erleuchtung der Gefängnisse einen Gegenstand aus, welcher den dasigen Unterthanen zur Last fällt.

II.

Besondere Rechtsverhältnisse in den Aemtern Uchte und Freudenberg.

In einem von dem Amtsassessor Wehner zu Freu-

denberg an die Justizcanzlei zu Hannover unter dem 8. Mai 1821 abgestatteten Berichte, ist über den dortigen Rechtszustand folgendes bemerkt: „Die Gräflich Bentheim-Tecklenburg-Limpurgischen Gesetze, wenn solche etwa in diesen Aemtern erlassen worden, sind völlig unbekannt, und müssen von keiner Bedeutung gewesen seyn, weil in den dasigen Registraturen auch nicht eine einzige Verordnung anzutreffen ist, und selbst die Tradition nichts darüber aufbewahrt hat. Auch aus den Zeiten der Grafen von Hoya existirt kein geschriebenes Recht oder eine Verordnung daselbst. Aber dennoch ist diese Epoche wichtig, weil von ihr der von allen vormaligen dasigen Beamten angeführte und von den Hessischen Oberbehörden anerkannte Satz herstammt, daß in diesen Aemtern das Hoyaische Recht gelte. Was aber unter diesem Hoyaischen Rechte zu verstehen sey, ist schwierig zu sagen; indessen ist soviel gewiß, daß hiezu die in den übrigen Theilen des Hoyaischen geltenden Observanzen, namentlich die Parömie: Längst Leib, längst Gut, und die Nichtanwendbarkeit der Schaumburgischen Policeiordnung von 1615 gehört, welche letztere um so weniger gesetzliche Kraft haben konnte, da sie von dem Grafen Ernst zu Schaumburg vor dem Anfall der Grafschaft Schaumburg an Hessen-Cassel emanirt war. Auch war früher, bis zur Emanirung der Hessen-Schaumburgischen Meierordnung vom 21. Oct. 1774, die Hoyaische Meierfassung hierher zu rechnen, indem sogar die Regierung zu Rinteln bei einem 1737 vorkommenden Falle nach den, bei den benachbarten Hoyaischen Aemtern darüber eingezogenen Erkundigungen, entscheiden ließ. Aus der Gültigkeit des Hoyaischen Rechts ist bei den dasigen Amtseinwohnern die noch fortdauernde Behauptung entstanden, daß jene, dennoch wirklich daselbst publicirte Meierordnung de 1774, weil sie gegen das Hoyaische Recht anstoße, nicht gültig sey, und dieses ist um so anscheinen-

der, weil sie in jeder Hinsicht für die dortigen Localverhältnisse nicht paßt, und ein Referens der Schaumburgischen Policeiordnung von 1615 ist, welches Relatum dort anerkannter Weise nicht gilt. — Zu den besondern Rechtsverhältnissen gehört die Gütergemeinschaft und Dotalverhältnisse. In allen Acten der Amtsregistratur zu Freudenberg wird von den vormaligen Hessischen Beamten die Behauptung aufgestellt, daß, weil das Hoyaische Recht im Amte gelte, auch die Parömie: längst Leib, längst Gut, und die Communio bonorum universalis inter conjuges, wie in der ganzen Grafschaft Hoya Statt finde. Mit der Gültigkeit jener Parömie hat es, wie oben bemerkt worden, seine vollkommene Richtigkeit; falsch ist es aber, daß allgemeine Gütergemeinschaft Statt finde, schon um deswillen, weil sie nicht im Hoyaischen Rechte liegt, und keinesweges als Observanz in der ganzen Grafschaft Hoya gefunden wird. Dazu kömmt, daß die, sie besagende, Schaumburgische Policeiordnung von 1615 nicht im Amte gilt; außerdem aber widerlegt sich die Behauptung einer allgemeinen Gütergemeinschaft dadurch, daß die Ehefrauen bei entstandenen Concursen ihre Illata repetiren, und daß von Alters her die Creditoren, wenn sie sich noch mehr sichern wollten, die Ehefrauen unter Entsagung ihrer weiblichen Gerechtsame, namentlich des privilegii dotis ac illatorum und der Authentica si qua mulier, als Selbstschuldnerinnen sich verbürgen ließen. Ersteres ist bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ganz unstatthaft und letzteres ganz überflüssig. Gebräuchlich ist dagegen, daß die überlebende Ehefrau, wenn Kinder vorhanden sind, die Verwaltung und den Nießbrauch des Vermögens behält, welches bei Meiergütern schon in der Meierfassung liegt, und nur bei Bürgergütern im Flecken Bassum zur Sprache kömmt; jedoch wird den Wittwen, wenn sie zur Verwaltung des Vermögens für

unfähig gehalten werden, oder, wenn Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden sind, diese Verwaltung entzogen, und ihnen bloß eine angemessene Competenz ausgeworfen.

Dagegen findet eine communio bonorum particularis in Ansehung der Errungenschaft Statt, jedoch, wie es scheint, nur herbeigeführt durch die Kurhessische Proceßordnung vom 5 Sept. 1745. §. 39. und die Verordnung vom 17 Mai. 1767. §. 27. Nach diesem letztern Paragraphen soll bei allen gewerbtreibenden Eheleuten, so wie überhaupt bei allen Bürgern und Bauern, die Frau für die Hälfte der während des Ehestandes contrahirten Schulden einzustehen verbunden seyn, falls sie nicht nach dem §. 39 der Proceßordnung von 1745 auf den künftigen Erwerb während des Ehestandes renunciirt hat, und das Ihrige besonders und für sich behalten will, was sie bei der Eheberedung oder doch spätestens, so lange noch res integra und der Mann solvendo ist, durch ein instrumentum publicum erklären muß. Auch braucht nach dem fürstl. Hessischen Rescript vom 29 Dec. 1752 gar nicht nachgewiesen zu werden, daß den Frauen, sowohl, wie dem Manne, der Gewinn der gemeinsamen Handthierung zu Nutz und Nahrung gekommen sey. Dieses specielle Gesetz hat sich aber in den Concursen so modificirt, daß die Ehefrauen, wenn die Masse der durante matrimonio contrahirten Schulden auch noch so groß ist, doch die Hälfte der erweislich gemachten Illatorum vermöge Vorzugsrechts erhalten. Aber auch dieses Vorzugsrecht ist durch §. 41 der Hessischen Proceßordnung von 1745 noch dahin modificirt, daß alle ältern Credita, welche vor des Schuldners Ehe auf sichere Hypotheken hergeschossen sind, nichts an ihrem Rechte verlieren; sondern die Ehefrau genießt ratione dotis ac illatorum nur ein Vorzugsrecht vor denjenigen Creditoren, welche nach der wirklich geschehenen Illation dem Ehemanne Geld vorgestreckt haben."

Daß

Daß die Schaumburgische Meierordnung in dem Amte Freudenberg gesetzliche Kraft gehabt habe, hat auch das Obergericht zu Rinteln unter dem 7 Mai 1823, der Justizcanzlei zu Hannover dahin bezeugt: "Auf das gefällige Schreiben vom 9. v. M. erwiedern wir — , daß nach den abschriftlich angebogenen, auf Ansuchen des Meiers Sp. zu Nienstädt von der vormaligen hiesigen Regierung ertheilten beiden Attesten vom 15. Nov. 1817. und 30 Dec. 1818, die Schaumburgische Meierordnung vom 21 Oct. 1774 auch in dem jetzt abgetretenen Amte Freudenberg gegolten hat, und in judicando danach gesprochen worden ist. Verschieden von der Meierordnung ist jedoch die Schaumburgische Policeiordnung von 1615. Diese letztere ist aber im Amte Freudenberg nicht zur Anwendung gekommen, sondern es hat daselbst das Hoyaische Recht gegolten, und unter Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft nach der Regel: "längst Leib, längst Gut„ stattgefunden.„

"Anl. A. Auf Nachsuchen des Meiers J. G. Sp. zu Nienstädt wird hiemit, der Wahrheit gemäß bescheinigt, daß die Schaumburgische Meierordnung vom 21 Oct. 1774 in dem vorhin unter Kurhessischer Landesherrschaft stehenden und zum Bezirk der Regierung in Rinteln gehörigen Amte Freudenberg in subsidium zur gesetzlichen Norm gedient habe. Rinteln den 15 Nov. 1817.

Anl. B. In Beziehung auf das dem Meier J. G. Sp. zu Nienstädt unterm 18 Nov. v. J. ertheilte Attest, wird auf dessen Nachsuchen weiter bescheinigt, daß nach der Verfügung der Schaumburgischen Meierordnung, und nach der Praxis, zufolge welcher nur über die bei den Höfen befindlichen Erb- und bürgerlichen Güter dem Colonus zu disponiren, überlassen ist, aller übrige Nachlaß eines Meiers, der zur

Bewirthung des Guts gedient hat, namentlich die auf dem Hofe befindlichen Gebäude, das Haus= und Ackergeräth, Vieh= und Feldinventarium, nicht als Allodium, sondern als zum Meierhofe gehöriges Vermögen anzusehen ist, und hiervon außer dem, von der ganzen Colonie zu entrichtendem, durch die Meierordnung bestimmten Abfindungsquantum, der Anerbe den übrigen Kindern keine weitere Abfindung zu leisten, verbunden ist. Rinteln den 30 Dec. 1818."

Bei so bewandten Verhältnissen ist über das in den Aemtern Uchte und Freudenberg zur Anwendung zu bringende Meierrecht, unter dem 15 Febr. 1826 folgende landesherrliche Verordnung erlassen: "Nachdem Zweifel darüber entstanden sind, welche Gesetze in dem vormals Hessischen Theile unserer Grafschaft Hoya, die rechtlichen Verhältnisse der Meier bestimmen müssen, so haben Wir nothwendig erachtet, darüber das Folgende zu verordnen.

Da bei Vereinigung der Aemter Uchte und Freudenberg mit Unsern deutschen Staaten, das daselbst vorgefundene Privatrecht einstweilen beibehalten, und soviel ausgemittelt ist, daß unter der Kurhessischen Regierung in den gedachten beiden Aemtern zunächst die Hoyaischen Rechte und Observanzen und in subsidium die Vorschriften der unterm 21 Oct. 1774 für die Grafschaft Schaumburg, Hessischen Theils erlassenen Meierordnung, in Meiersachen zur Anwendung gekommen sind: so hat es dabei, soviel die vergangene Zeit betrifft, sein Bewenden. Um aber für die Zukunft Unsere getreuen Unterthanen in dem vormals Kurhessischen Theile der Grafschaft Hoya, den übrigen Einwohnern derselben in Ansehung der Meierverhältnisse völlig gleichzustellen und in dem Betracht, daß die Beibehaltung der subsidiarischen Anwendung der Schaumburgischen Meierordnung so wenig für nothwendig, als aus Rücksichten auf das Wohl unserer Unterthanen

für rathsam zu achten ist, bestimmen Wir hierdurch, daß in den Aemtern Uchte und Freudenberg, von dem Tage der Bekanntmachung der gegenwärtigen Verordnung an, die Vorschriften der Schaumburgischen Meierordnung vom Jahre 1774 ganz außer Kraft gesetzt, und von demselben Tage an die in dem übrigen Theile der Grafschaft Hoya allgemein geltenden, das dortige Meierrecht bestimmenden Gesetze und Gewohnheiten auch in den gedachten beiden Aemtern, für die aus Meierverhältnissen entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten, die einzige gesetzliche Norm ausmachen, imgleichen die daselbst vorkommenden Domanial-Meier-Sachen nach denselben Grundsätzen, wie in dem übrigen Theile der Grafschaft, behandelt werden sollen. Ad mandatum.“

Spätere Anmerkung.

Ueber die wechselnden Schicksale des Amts Auburg vergl. noch die Bruchstücke aus den Originalacten über die durch den Tod des letztern Grafen zu Diepholz entstandenen Streitigkeiten zwischen den Häusern Hessen-Cassel und Braunschweig-Celle, in Spiel vaterl. Archiv. Bd. III. nro. 27.

XV. Erörterung.

Ist dem Mandatar die Substitutionsbefugniß ausdrücklich eingeräumt, so kann der Substituirte auch nach dessen Tode, die Geschäftsführung gültiger Weise betreiben.

Bekanntlich erlischt das Mandat sowohl durch den Tod des Mandanten,[1]) als den des Mandatars[2]); ausgenommen in dem erstern Falle, wenn der Auftrag erst nach dem Tode des Mandanten in Erfüllung gehen soll[3]), z. B. der Mandatar dem Mandanten ein Grabmal besorgen soll; und in dem letztern, insofern die Ausrichtung des Auftrags von dem Mandatar bereits angefangen ist, weil dann die Erben desselben verpflichtet sind, das angefangene Geschäft auch zu vollenden.[4])

Da außerdem aber der Mandatar befugt ist, ausgenommen in gerichtlichen Geschäften, zur Ausführung des Auftrags, insofern ihm solches nicht ausdrücklich untersagt ist, einen Andern zu substituiren[5]), auf der andern

1) Fr. 12. §. 17. Fr. 13. D. XVII. 1. Mandati.

2) Fr. 27. §. 3. D. eod.

3) Fr. 12. §. 17. Fr. 13. eod. Cujac. Obs. et Emend. I. 38. Glück Pandekten. §. 959. wo auch die, solches leugnende Ansicht von Noodt Obs. L. II. c. 1 — 4. widerlegt ist.

4) Arg. Fr. 40. D. XVII. 2. pro socio. Fr. 1. pr. D. XXVII. 7. de fidej. tut.

5) Fr. 8. §. 3. D. XVII. 1. mandati. Wernher Lect. comm. XVII. 1. §. 17. 18. Cocceji Jus controv. XVII. 1. qu. 3. 4. Thibaut civilist. Versuche. Th. II. nro. 6.

Seite auch der Mandant berechtigt ist, dem Mandatar eine solche Substitutionsbefugniß entweder durch eigene Bezeichung eines nahmhaft gemachten Substituten, oder wenigstens so, daß er die Wahl desselben dem Mandatar überläßt, ausdrücklich einzuräumen, so kann die Frage aufgeworfen werden, in wiefern nach dem Tode des Mandatarius, jener Substitut befugt seyn kann, jenes dem Mandatar übertragene Geschäft ferner zu besorgen, und in wiefern der Mandant gehalten ist, die Handlungen des Substituten anzuerkennen?

Hierbei ist nun als zweifellos anzusehen, daß wenn der Mandatar, ohne dazu ausdrücklich befugt zu seyn, sich jemanden substituirt, die Berechtigungen dieses Substituten nothwendig mit dem Tode des Mandatars, als erloschen angesehen werden müssen, da er sie nur von seinem Substituenten ableitet, und dieselben durch den Tod desselben verloren gehen, weshalb also der Mandant nicht schuldig seyn kann, Handlungen des Substituten anzuerkennen[6]), welche derselbe erst nach dem Tode des Mandatars vorgenommen hat; und nur dann würde eine Ausnahme von dieser Regel zu machen seyn, wenn das Geschäft von dem Mandatar selbst begonnen wäre, und der Substitut zugleich als Erbe desselben, das Geschäft zu Ende gebracht haben würde.

Ferner ist es als zweifellos anzusehen, daß der Mandant gehalten ist, die Handlungen desjenigen Substituten anzuerkennen, welchen er dem Mandatar namentlich substituirt hat, da hierdurch gerade der Fall vorausgesehen wurde, welchen der Mandant beabsichtigte, nämlich, daß durch Verhinderungen des Mandatars — und

6) Fr. 18. D. III. 5. de negot. gest. Fr. 8. §. 3. Fr. 53. D. XVII. 1. mandati, Fr. 1. §. 11. D. XVI. 3 depositi.

der Tod desselben ist ja die wirksamste Verhinderung — die Ausrichtung des Geschäfts nicht ins Stocken gerathen solle.

Zweifelhafter möchte es dagegen scheinen, ob der Mandant, wenn er dem Mandatar zwar ausdrücklich die Substitutionsbefugniß ertheilt, dagegen ihm die Wahl des Substituten entweder förmlich, oder dadurch, daß er nichts darüber gesagt, überlassen hat, die von dem durch den Mandatar ausgewählten Substituten, nach dem Tode des Mandatars, vorgenommenen Handlungen, anzuerkennen schuldig, mithin jener Substitut auch zur Vornahme jener Handlungen nach jenem Zeitraume legitimirt gewesen sey?

Die neuern Rechtslehrer übergehen diese Frage mit Stillschweigen, selbst Glück; dagegen ist sie von ältern bejaht worden. Voet[7]) besagt in dieser Hinsicht: Quod si mandatarius secundum potestatem sibi concessam alii rursus idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii sed primi mandantis morte exstingui mandatum et finiri officium substituti, tradit Ant. Faber Cod. Lib. II. tit. 8. def. 24. Berlichius decis. 274. nro. 11. Joh. Papon. libr. VI. tit. 4. arr. 15. Gratianus discept. for. cap. 737. num. ult.

In der That liegt auch diese bejahende Ansicht nicht allein in der Natur des Mandatcontracts, sondern sie wird auch durch die Analogie positiver Gesetze bestätigt.

In der Natur des Mandatcontracts liegt sie in so fern, als durch die ausdrücklich gegebene Substitutionsbefugniß, dem Mandatar die Wahl des Substituten zugleich ertheilt worden ist, mithin der Mandant dadurch anerkennt, daß er die Handlungen des erwählten Substituten, eben so betrachten wolle, als diejenigen eines von ihm selbst nam-

7) Comm. ad Pand. XVII. 1. §. 15.

haft gemachten; wogegen es sich freilich immer von selbst versteht, daß er, falls jene Wahl auf einen durchaus untüchtigen Mann gefallen seyn würde, Entschädigungsansprüche gegen die Erben des Mandatars zu machen, berechtigt ist, so wie er solches auch dann kann, wenn der Mandatar, ohne eine solche ausdrückliche Befugniß erhalten zu haben, von seinem, ihm den Gesetzen nach zukommenden Substitutionsrechte Gebrauch gemacht hat [8]). Die Analogie positiver Gesetze spricht aber dafür, indem nach dem jüngsten Reichsabschiede [9]) alle Mandate in Proceßsachen, zugleich auf die Erben im allgemeinen gestellt werden sollen, so daß der Tod die Vollführung des Auftrags nicht hindern soll, woraus also entnommen werden muß, daß die zwar ausdrücklich, aber doch ohne Namhaftmachung des zu Substituirenden gegebene Substitutionsbefugniß dieselbe Kraft haben müsse, als wenn der zu Substituirende ausdrücklich auch namhaft gemacht worden sey.

Als daher in Sachen M * * * Imploranten gegen N * * * Imploraten, der erstere, welcher von seinem Vater, kraft der dem letztern gewordenen ausdrücklichen Substitutionsbefugniß abseiten des Mandanten, zum Substituten auserwählt war, und das Mittelgericht, den Imploranten, nach dem Tode seines Vaters, zur Ausrichtung des dem Vater gewordenen Mandats, für nicht genugsam legitimirt angesehen hatte, rescribirte das Oberappellationsgericht am 30. Jan. 1828, auf die von dem Imploranten desfalls ergriffene Appellation, an das Mittelgericht folgendermaaßen: "Wenn jedoch, selbst davon abgesehen, daß der Implorant schon deshalb als zur fraglichen

8) Fr. 21. §. ult. D. III. 5. de negot. gest. Fr. 50. D. XXVI 7. de adm. tutor. Müller ad Leyser. obs. 373.

9) § 99.

Geschäftsführung legitimirt erscheint, weil nicht mehr res integra, vielmehr das Mandat bereits in der Ausführung begriffen ist, der demselben, kraft der, seinem Vater ausdrücklich ertheilten facultas substituendi gewordene Auftrag, als Namens des ersten Mandanten selbst ertheilt, anzusehen ist, und deshalb durch den Tod seines Vaters als aufgehoben nicht zu betrachten war, so habt Ihr — den Imploranten für, zu der fraglichen Geschäftsführung, als hinreichend legitimirt, zu erkennen."

XVI. Erörterung.

Die Einrede der Erschleichung gegen ein unbedingtes Mandat läßt sich nicht in der Form einer Berufung an den Oberrichter, vorschützen.

Der unbedingte Mandatproceß hat bekanntlich die Eigenthümlichkeit, daß alle gegen das erkannte Mandat gerichteten Einwendungen, in so fern sie die Statthaftigkeit der gewählten Proceßart, oder die Legitimation zur Sache betreffen, oder endlich Thatsachen behaupten, durch welche das Klagrecht des Imploranten vernichtet oder beseitigt werden soll, in die Form der Einrede der Erschleichung (exceptio sub- et obreptionis) eingekleidet werden müssen, und daß sich der Implorat dieser Einrede bis zur Execution bedienen kann.[1])

Gewöhnlich wird diese Einrede, wie es sich gebührt, bei dem Richter vorgeschützt, welcher das unbedingte Mandat

1) Jüngster Reichsabschied §. 76.

dat erkannt hat; dagegen erfährt man im Geschäftsleben es auch häufig genug, daß statt derselben gegen das erkannte Mandat selbst, die Appellation oder Nichtigkeitsquerel an den Oberrichter zur Hand genommen, und dasselbe in der höhern Instanz als unstatthafter Weise erkannt, auszuführen versucht wird.

Dieses läßt sich indessen auf keine Weise rechtfertigen.

Zwar findet sich keine bestimmte Vorschrift des gemeinen Rechts [2]), welche es verböte, die Einrede der Erschleichung in das Gewand einer Appellations- oder Nichtigkeitsquerel an den Oberrichter, einzukleiden und mit Vorbeigehung der ersten Instanz sofort an die zweite Instanz zu bringen; indessen muß ein solches Verfahren stets als unzulässig sich darstellen, wenn man die Eigenthümlichkeit des unbedingten Mandatprocesses in das Auge faßt.

Der unbedingte Mandatsproceß wird auf bloß einseitige Vorstellungen gegründet und das abgegebene Mandat nur auf solche erlassen [3]). So lange aber auf einseitige Vorstellungen etwas verfügt wird, hat der Richter nicht die Absicht, etwas zu entscheiden, weil hierzu das vollständige richterliche Gehör der Partheien wesentlich erforderlich seyn würde. Jede Entscheidung im unbe-

2) Dagegen verfügt die Hann. Untergerichtsordnung vom 5. Octob. 1827. §. 131. "Glaubt der Implorat Einwendungen wider den erkannten (unbedingten) Befehl zu haben, so muß er diese als Einreden der Sub- oder Obreption in der vorgeschriebenen Paritionsfrist, oder in einem vor Ablauf derselben auf sein zeitiges Ansuchen anzusetzenden Termine, oder doch wenigstens vor Vollziehung der Execution vorbringen. — Dem Imploraten steht die Einlegung von Rechtsmitteln gegen ein von ihm, für unstatthaft geachtetes Mandat auf keinen Fall eher zu, bis er seine Einrede (der Erschleichung) dagegen vorgebracht hat, und darüber erkannt worden ist".

3) v. Gönner Handbuch des Processes. Th. I. nro. VII. §. 9.

dingten Mandatsprocesse ist daher, der Natur der Sache nach, nur provisorisch und setzt immer voraus, daß es dem Verurtheilten stets frei bleibe, seine Rechtsvertheidigung bis zur wirklich geschehenen Vollstreckung des erkannten Mandats einzubringen. Ist nun ein solcher Gestalt abgegebenes Mandat, bis dahin, immer als eine, auf einseitige Vorstellungen erlassene Verfügung zu betrachten, und als solche, selbst nach gesetzlichen Bestimmungen [4]) unfähig, in Rechtskraft zu treten, so folgt schon hieraus, daß eine Appellation von demselben an den Oberrichter unzulässig seyn muß [5]).

Noch mehr aber geht diese Unzulässigkeit aus der gesetzlich vorgeschriebenen Art hervor, in welcher der Implorat seine Rechtsvertheidigung gegen das Madat vorzubringen, befugt seyn soll.

Um nämlich richterliches Gehör zu erwirken, und zu veranlassen, daß, statt der auf einseitiges Anrufen veranlaßten provisorischen Verfügung, welche durch das erkannte Mandat bewirkt worden ist, eine wirkliche definitive und der Erlangung der Rechtskraft fähige Entscheidung abgegeben werde, soll es dem Imploraten gestattet seyn, seine Rechtsvertheidigung in der Form einer Einrede, nämlich der Einrede der Erschleichung, zu verfolgen.

Soll daher jener Zweck nur in Form einer Einrede zu erreichen seyn, so ist es wesentlich erforderlich, daß diese Einrede nur bei demjenigen Richter vorgebracht wer-

4) c. 5. C. VII. 57. comminationes. Mevius Decis. VIII. nro. 227. Gönner a. a. O. §. 9. 20. Mittermaier der gemeine deutsche Proceß. Beitrag IV. S. 138.

5) Gönner a. a. O. Th. III. nro. LVI. §. 4. 5. nro. LVII. §. 2 — 5. nro. LXI. §. 26. fgg. nro. LVIII. Martin Proceß. §. 277.

den kann, der das unbedingte Mandat auf das einseitige Anrufen des Imploranten abgegeben hat; so ist es ferner wesentlich erforderlich, daß die Rechtsvertheidigung gegen den Imploranten auch in derselben Instanz geschehe, in welcher der Implorantische Anspruch selbst angebracht worden ist, und es würde daher vollkommen unzulässig seyn, ja die bezweckte definitive Entscheidung gänzlich unmöglich machen, wenn man dem Imploraten es gestatten wollte, die in erster Instanz erhobene Klage, in der zweiten Instanz zu beantworten. In der That würde ein solches Verfahren, wenn es gestattet werden würde, nicht allein dem Character des unbedingten Mandatprocesses völlig zuwider laufen, sondern auch das Recht des Imploranten auf die Instanz verletzen, so wie den Instanzenzug verwirren.

Als einen unbestreitbaren Grundsatz läßt es sich daher wohl annehmen, daß der im unbedingten Mandatsprocesse in Anspruch Genommene nicht befugt seyn kann, die gegen das erkannte Mandat in erster Instanz vorzuschützende Einrede der Erschleichung in dem Gewande einer Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde sofort an den Oberrichter zu bringen, und daß daher Appellationen und Nichtigkeitsbeschwerden dieser Art, ohne alles Bedenken von dem Oberrichter unverzüglich zurückgewiesen werden müssen, ohne daß er selbst ein weiteres Hineingehen auf die Beschwerden sich gestatten darf.

Dagegen scheint es gleichgültig zu seyn, ob die Einrede der Erschleichung förmlich als Einrede, oder als nicht devolutives Rechtsmittel[6]) bei demselben

6) Bei den Hannoverschen Untergerichten wird aber auch dieses nicht zulässig seyn können, weil in der oben bemerkten Untergerichtsordnung §. 131. die Einlegung einer Supplication, bevor über die exceptio sub- et obreptionis entschieden worden, verboten ist, in Hinsicht der

Richter eingeführt wird, welcher das Mandat erkannt hat, wenn nur die erste Instanz beibehalten wird, da auf die bloße Form, in welcher in diesem Falle, die Rechtsvertheidigung dem zuständigen Richter vor Augen gebracht wird, kein besonderes Gewicht zu legen seyn dürfte.

Nach diesen Grundsätzen erkannte auch das Oberappellationsgericht zu Celle, im Jahre 1826, in Sachen E. Imploranten, wider R., Imploraten.

Das Amt Neustadt unterm Hohnstein hatte auf den Vortrag des Imploranten einen unbedingten Zahlungbefehl erlassen. Der sich hiedurch beschwert erachtende Implorat dagegen die Verfolgung seines Rechts, namentlich die Darlegung der Unzulässigkeit des unbedingten Mandatsprocesses, nicht durch die Einrede der Erschleichung vor den Richter erster Instanz, sondern durch eine Appellation an den Richter zweiter Instanz, die Stollberg-Hohnsteinsche Canzlei gebracht. Diese hatte die Unzulässigkeit der gewählten Form dieser Rechtsverfolgung unter Verweisung auf die vorzuschützende Einrede der Erschleichung ausgesprochen, wogegen die Justizcanzlei zu Göttingen, auf deshalb von dem Imploraten zur Hand genommenen Appelation, das Erkenntniß der Stollberg-Hohnsteinschen Justiz-Canzlei, aus dem Grunde aufhob, weil die rechtswidrige Abgabe eines mandati sine clausula dem Imploraten an und für sich zur Beschwerde gereichen müsse, deren Ausführung mittelst des Rechtsmittels der Appellation also als rechtlich zulässig erscheine. Daneben hatte die Justizcanzlei die von der Stollberg-Hohnsteinschen Canzlei verweigerte Entscheidung über die Unzulässigkeit des Mandatprocesses selbst ausgesprochen. Auf die hiegegen eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde des Imploranten erkannte aber das

Nichtigkeitsquerel, die keiner Einlegung bedarf, aber durch §. 159 bestimmt ist, daß solche immer devolutiv seyn solle.

Oberappellationsgericht: „Wenn nun die, auch in dem unbedingten Mandatsprocesse nicht ausgeschlossene wechselseitige Rechtsvertheidigung der streitenden Theile nach den Regeln des Processes im Allgemeinen und des Mandatsprocesses im Besondern, vor dem Richter der ersten Instanz statt finden muß, die Einrede der unrecht gewählten Proceßart mithin nur als exceptio sub- et obreptionis und nicht, unter Verletzung des Rechts der Instanzen, per modum appellationis als Beschwerde anzubringen war; eben so wenig ferner, wenn Ihr das Verfahren der Stollberg-Hohnsteinschen Canzlei mißbilligtet, mit anderweiter Verletzung des Rechts der Instanzen, die von jener nicht abgegebene Entscheidung von Euch auszusprechen war; so habt Ihr das Erkenntniß der Stollberg-Hohnsteinschen Canzlei wieder herzustellen."

XVII. Erörterung.

Ueber Klagen-Verjährung, namentlich über die Verjährung der Actio judicati.

§. 1.

Ueber die Verjährung der Actio judicati herrschen in der Praxis zwei einander entgegengesetzte Ansichten.

Einige Rechtslehrer [1]) nehmen an, daß die Actio judicati, wie alle übrigen Klagen, unbedingt nach dreißig Jahren verjährt sey, so daß mithin Dasjenige, was durch

1) a Pufendorf Observ. T. I. obs. 117. T. II. obs. 114. G. L. Böhmer Rechtsfälle. Th. I. nro. 68. u. a.

ein rechtskräftiges Erkenntniß erfochten worden ist, nach dem Ablaufe von dreißig Jahren nicht weiter eingeklagt werden könne.

Andere[2]) sind dagegen der Meinung, daß die Actio judicati **nie** verjährt werden könne, weil dem Beklagten immer der Mangel eines guten Glaubens, als Haupthinderungsmittel der Verjährung entgegenstehe.

Die **erstern** begründen ihre Ansicht auf das römische, die **letztern** auf das canonische Recht.

§. 2.

Das **römische Recht** kennt keinen allgemeinen Begriff der Verjährung, und noch weniger die Zurückführung der einzelnen Fälle derselben auf die gewöhnlich angenommenen zwei Hauptarten, die sogenannte **Adquisitivverjährung** oder Ersitzung, und die **Extinctivverjährung**. Gerade bei der letztern tritt nämlich gleichfalls eine Gattung der Adquisitivverjährung ein, die man deshalb auch wohl eine **außerordentliche Adquisitivverjährung** nennt.

Dabei ist aber auch ausgemacht, daß die Verjährung, an und für sich sowohl die Erwerbung als die Erlöschung von Rechten zum Gegenstande hat.

I. Die **erwerbende Verjährung**, namentlich die Usucapion und die praescriptio longi temporis, erfordert zu ihrer Gültigkeit, bona fides, d. h. die redliche Gesinnuug des Besitzers einer fremden Sache, der sich aus einem juristischen Grunde für deren Eige thümer hält, und einen justus titulus. Nach römischem Rechte bedarf es aber des guten Glaubens nur bei dem Anfange des Usucapi-

2) **Strube** rechtl. Bedenken. Th. IV. Bed. 6. Th. V. Bed. 39. (in **meiner** Ausgabe CCXI. CCXVII.) u. a.

onsbesitzes, ohne daß eine, nachher dem Besitzer etwa gewordene Wissenschaft, daß ein Fremder Eigenthümer der Sache sey (mala fides superveniens), die Usucapion zu hindern vermag.

II. Die erlöschende Verjährung (longissimi temporis praescriptio) oder die Verjährung, wodurch Civilklagen bloß durch deren versäumte Anstellung, binnen gewisser Zeit erlöschen sollten, wurde allgemein erst durch Theodosius den Jüngern[3]) angeordnet. Dieser setzte die Dauer sämmtlicher Klagen auf dreißig Jahre fest. Bei dieser Verjährung, welche aus einer Vernachlässigung des zur Klage Berechtigten, in Anstellung dieser Klage, ohne Zuthun des in Anspruch zu Nehmenden, entspringt, und im bloßen Erlöschen einer Klage besteht, konnte, der Natur der Sache nach, von bona fides nicht die Rede seyn, da diese eine Bestimmung für den Besitz ist, und sich auf Erwerbung des Eigenthums an fremden Sachen, mithin auf erwerbende Verjährung bezieht. Deshalb kömmt es bei dieser Extinctivverjährung, in Beziehung auf den dieselbe vorschützenden Beklagten, auf eine bona fides, oder die Unbekanntschaft des Beklagten mit dem Rechte des Klägers, nach Vorschrift der Gesetze[4]) im allgemeinen ganz und gar nicht an.

III. Aber mit dieser Praescriptio longissimi temporis ist auch eine erwerbende Verjährung verbunden. Justinian[5]) hat nämlich der Klagerlöschung für den Fall eines redlichen Besitzes (bona fides), eine der erwerbenden Verjährung entsprechende Wirkung beigelegt, und dadurch die sogenannte außerordentliche Adquisitivverjährung (gleichfalls Praescriptio longissimi tem-

3) c. 3. C. VII. 39. de praescript. XXX. annor.

4) c. 3. 4. C. eod. c. 1. §. 1. C. VII. 40. de annali except.

5) c. 8. C. VII. 39. de praescript.

poris genannt) erschaffen. Wenn der redliche Besitzer dreißig Jahre lang die fremde Sache besessen hat, so soll nicht allein jede Klage des wahren Eigenthümers gegen ihn erloschen seyn, sondern er soll auch das Eigenthum der Sache selbst, erworben haben, ohne daß es hiezu des sonst bei der erwerbenden Verjährung erforderlichen justus titulus bedarf. Der gute Glaube führt hier schon allein diejenigen Wirkungen der Dauer des Besitzes herbei, die bei der ordentlichen Ersitzung noch durch ein anderes objectives Erforderniß — den gerechten Titel — bedingt ist.

Dabei darf dann aber wiederum nicht übersehen werden, daß nach römischem Rechte jene bona fides nur bei dem Anfange des Besitzes erforderlich war.

Wendet man diese Grundsätze des römischen Rechts auf die Verjährung der Actio judicati an, so folgt aus ihnen, daß dieselbe ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben nur dann nach dreißig Jahren verjährt war, wenn der Beklagte nicht Besitzer einer dem Kläger durch das Urtheil zugesprochenen Sache war. Besaß dagegen der Beklagte eine solche, dem Kläger früher durch das Urtheil zugesprochene Sache, so konnte die Actio judicati nur in dem Falle, nach dreißig Jahren, durch die Einrede der Verjährung entfernt werden, wenn der Beklagte dieselbe bona fide besaß, nicht aber, wenn er malae fidei possessor war. Freilich möchte dieser letztere Fall am häufigsten eingetreten seyn, namentlich, wenn der Beklagte in dem frühern Rechtsstreite, in welchem er zur Herausgabe der Sache an den Kläger verurtheilt worden war, selbst Parthei gewesen war; indessen ließ sich auch der erstere Fall, also bona fides denken, wenn nicht der Beklagte selbst damals Parthei gewesen wäre und von der Verurtheilung also keine Kenntniß gehabt haben könnte; und dieses um so mehr, als, wie

oben

oben bemerkt ist, die bona fides nur bei dem Anfang des Besitzes erforderlich war.

Also schon nach rein römischen Grundsätzen, ist die Annahme derjenigen Rechtsgelehrten, daß die Actio judicati unbedingt nach dreißig Jahren verjährt sey, in ihrer Allgemeinheit unrichtig, und vielmehr anzunehmen, daß solches nur dann der Fall sey, wenn durch dieselbe von dem Beklagten eine dem Kläger früherhin zugesprochene Sache, die sich jedoch nicht im Besitze des Beklagten befindet, verlangt wird; daß dieselbe aber selbst nach dreißig Jahren angestellt werden könne, falls der Beklagte in dem Besitze der in Anspruch genommenen Sache ist, wobei jedoch, und weil mala fides nicht präsumirt wird, der Kläger zugleich mala fides des Beklagten, und daß derselbe mithin jene Sache per praescriptionem longissimam nicht habe ersitzen können, nachzuweisen haben wird.

Ob die Sache eine körperliche oder eine unkörperliche sey, darauf kann es weiter nicht ankommen, falls dieselbe nur irgend der Besitzergreifung und des Besitzes selbst fähig ist. Die Exstinctivverjährung ist in diesem Falle so innig mit der Adquisitivverjährung verbunden, daß im Fall einer mala fides des Beklagten bei dem Anfange des Besitzes, das Klagrecht nie erlöschen kann, weil gerade in diesem Falle die Erlöschung des Klagrechts an den guten Glauben geknüpft ist, und nur dieser gute Glaube allein dem beklagtischen Besitzer das Eigenthum an der Sache durch Verjährung zuspricht. Justinian hat nämlich für diesen Fall die Verordnung des Kaisers Theodosius des jüngern ausdrücklich beschränkt, indem es im §. 1. c. 8. C. VII. 39. heißt: Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, praedictum auxilium (die Klagerlöschung nach älterm Rechte des Theodosius) non indiscrete, sed cum mode-

rata divisione ei praestari censemus; ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat.

§. 3.

Wenden wir uns nunmehr zu den Vorschriften des canonischen Rechts, welche die, die Lehre von der Verjährung betreffenden Verfügungen des römischen Rechts wesentlich modificirt haben sollen, und auf deren Grund die entgegengesetzte Ansicht gebaut worden ist, daß nämlich die Actio judicati nie verjährt werden könne, weil dem Beklagten stets der Mangel des durch das canonische Recht bei aller Klagerlöschung vorgeschriebenen Erfordernisses des guten Glaubens entgegenstehe!

Zwei Stellen des canonischen Rechts kommen hier vorzüglich in Betracht, eine Verfügung des Papsts Alexander vom Jahre 1180.[6]), und ein Synodalurtheil des Papsts Innocenz III. vom Jahre 1216.[7])

Die erstere Stelle besagt: Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se novit, aliena possidere: cum bona fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator (Theodosius der jüngere[8]) solum propter vitandum miserorum

6) cap. 5. X. (II. 26.) de praescript.

7) cap. 20. X. eod.

8) Püttmann probabit. S. 153. fgg. Koch Opuscula jur. can. S. 16.

segnitiem et longi temporis errorem et confusionem prius tricennali vel quadragennali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis, quam latentibus, placuit, non habere vigorem.

Die letztere dagegen; Synodali judicio definimus, ut nulla valeat, absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum; quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Unbestritten ist es nun, daß, vorzüglich die letztere Stelle, in Bezug auf die erwerbende Verjährung, oder usucapio und praescriptio longi temporis, das römische Recht insofern abgeändert habe, als bei derselben die bona fides nicht bloß anfangs, sondern fortwährend, bis zum Ablaufe der Verjährungszeit vorhanden seyn muß.

Bestritten ist es dagegen, ob das canonische Recht überall von der Extinctivverjährung oder der Klagerlöschung rede, und ob es namentlich zu der Statthaftigkeit derselben gleichfalls bona fides während der Dauer der Verjährungszeit vorgeschrieben habe, so daß ohne eine solche bona fides auch eine Klagerlöschung durch Verjährung nicht Statt finden könne?

Jene Rechtslehrer, welche ihre, freilich nicht ganz richtige Ansicht über die Verjährung der Actio judicati, ohne Rücksicht auf bona oder mala fides zu nehmen, nur aus dem römischen Rechte schöpfen wollen, behaupten daß das canonische Recht überall nicht von der Extinctivverjährung der Klagen rede, und mithin gar keinen Einfluß auf dieselbe habe. Dieses läßt sich aber nicht billigen, da das cap 5. X. de praescript., insoweit es von dem Besitze fremder Grundstücke, und den dabei erforderlichen guten Glauben redet, sich ausdrücklich auf die Verordnung Kaisers Theodosius des jüngern (den Ephesinus

legislator) über die Klagverjährung bezieht, und erklärt, daß dieselbe nicht unbedingt ihre gesetzliche Kraft behalten solle, weshalb es augenscheinlich ist, daß das canonische Recht allerding auch die Exstinctivverjährung der Klagenim Auge hatte.

Aber eine andere Frage ist es, ob das canonische Recht, wie andere Rechtslehrer, und namentlich diejenigen, welche der entgegengesetzten Ansicht sind, annehmen, nun auch unbedingt bei jeder Exstinctivverjährung der Klagen, die bona fides auf Seiten des Beklagten vorgeschrieben habe, so daß in deren Ermangelung die Actio judicati keiner Verjährung unterworfen sey? Sie beziehen sich in dieser Hinsicht auf die allgemeine Fassung des cap. 20 X. eod., auf den beigefügten Grund dieser Verordnung, und auf die allgemeine Vermuthung für die Billigkeit. Dieser letzte Grund ist unglaublich schwach und verdient kaum eine Berücksichtigung, weil er auf einer höchst willkührlichen Annahme beruht; die allgemeine Fassung dagegen redet der Exstinctivverjährung nicht das Wort, da dieselbe vielmehr sich lediglich auf die erwerbende Verjährung bezieht, und der Grund, quia mortale peccatum est, auch nur auf eine solche, nämlich den wissentlichen Besitz fremder Sachen, bezogen werden kann.

Zur richtigen Erklärung des cap 20. X. eod. giebt uns aber sowohl die c. 8. §. 4. C. VII. 39, so wie das dem erstern, der Zeit nach vorgehende cap 5. X. eod. genügenden Aufschluß. Die erstere Verordnung, insofern Justinian in ihr, bei dem Besitze fremder Sachen, bona fides im Anfange der erlöschenden Verjährung vorschrieb und zugleich eine außerordentliche Adquisitivverjährung in Hinsicht dieser Sachen schuf; die letztere Verfügung, als sie gleichfalls den Besitz fremder Sachen vor Augen hat, und dem malae fidei possessor die Fortsetzung dieses Besitzes verbietet. Das cap. 20. X. kann daher nur auf denselben Fall bezogen werden, nämlich auf

den Fall dieser, mit einer außerordentlichen Adquisitivverjährung begleiteten Klagerlöschung; es schreibt in Betreff derselben nur noch die neue Bedingung vor, daß es nicht genüge, anfangs in gutem Glauben gewesen zu seyn, sondern, daß der gute Glaube auch während der ganzen Dauer der Verjährungszeit vorhanden gewesen seyn müsse.

Mit Recht hat daher Moellenthiel[9]), die dem römischen Rechte durch das canonische gewordene Modification dahin bestimmt: das canonische Recht hat bei der Praescriptio longissimi temporis (Extinctivverjährung der Klage) zu dem Besitze, der bei denjenigen Klagen statt findet, die auf Herausgabe einer, dem Kläger gehörigen Sache gerichtet sind, bona fides als allgemeines Erforderniß vorgeschrieben, indem es dem malae fidei possessor einer Sache, rücksichtlich welcher er extinctiv präscribirt, die Fortsetzung des Besitzes verbietet. Durch dieses Verbot hat die bona fides aufgehört, bloße Bedingung des Adquisitiveffects zu seyn und ist nothwendiges Erforderniß der dreißigjährigen Verjährung selbst geworden, in so fern dabei Besitz Statt findet. Dadurch sind aber zugleich alle Fälle, wo hier Besitz wirklich Statt findet, der bloßen Klagerlöschung enthoben und ausschließend zur außerordentlichen Adquisitivverjährung mit der von Justinian bezeichneten Wirkung geeignet. Die Vorschrift des canonischen Rechts hat daher der Klagerlöschung eine Beschränkung ihrer Sphäre, der außerordentlichen Besitzung aber einen neuen Character ausschließlicher Wirksamkeit gegeben.

9) Ueber die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen. 1820. 8. — Auch Schweppe röm. Privatrecht. §. 171. (Ausg. III.) deutet auf die richtige Ansicht hin. — Dieselben Resultate giebt im Ganzen Unterholzner in s. ausführlichen Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. (1828.) Th. I. S. 313 — 320.

Will man nun diese Grundsätze auf die Verjährung der Actio judicati anwenden, so würde aus ihnen folgende Regel abzuleiten seyn: Die Actio judicati verjährt nur dann durch den bloßen Ablauf von dreißig Jahren, und zwar ohne Rücksicht auf mala oder bona fides des Beklagten, wenn sie sich nicht auf die Herausgabe einer von dem Beklagten besessenen, dem Kläger früher durch ein rechtliches Erkenntniß zugesprochenen Sache bezieht; ist sie dagegen auf die Herausgabe einer solchen Sache gerichtet, so findet die Verjährung nur dann Statt, falls der Beklagte während der ganzen Dauer der Verjährungszeit bonae fidei possessor war. Die Actio judicati ist aber keiner Verjährung unterworfen, falls der Beklagte, im Sinne des canonischen Rechts, malae fidei possessor gewesen ist.

Hiernach ist also auch die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche, angeblich nach canonischem Rechte, jede Verjährung der Actio judicati für unstatthaft halten, in ihrer Allgemeinheit, unzutreffend; aber auch derjenige Grund, welchen sie derselben noch besonders unterlegen, gleichfalls unhaltbar. Sie führen nämlich an, bei dem Beklagten sey eine bona fides undenkbar, er befinde sich, wenn ex judicato gegen ihn geklagt werde, stets in mala fide. Dieses möchte nur dann anzunehmen seyn, wenn der Beklagte bei dem frühern Rechtsstreite, mit dem Kläger, in Folge dessen er zur Herausgabe der Sache verurtheilt wurde, selbst Parthei war. Wie aber, wenn er es nicht war, sondern von seinem Vorgänger die Sache titulo singulari erhalten hätte, und, dieselbe dennoch dem Kläger früher als Eigenthum zuerkannt wäre, so daß die Actio judicati zugleich den Character einer Vindicationsklage angenommen hätte? Eine bona fides ließe sich hierbei gar wohl denken. Oder, wenn er, obgleich damals Parthei, die Herausgabe der Sache, zu der er verurtheilt war, aus scheinbaren Gründen verweigerte, der Kläger

sich hierbei dreißig Jahre lang beruhigte, und also der Beklagte dieselbe durch eine qualificirte Verjährung erworben haben würde?

Auf jedem Fall aber, wird dem Beklagten, falls er der angestellten Actio judicati die Einrede der Verjährung entgegensetzt, immer die praesumtio pro bona fide zur Seite stehen müssen, und der Kläger würde es sich gefallen müssen, jene Einrede der Verjährung dadurch zu entfernen, daß er darthut, der Beklagte sey malae fidei possessor.

§. 4.

Soviel über die Statthaftigkeit, zugleich aber auch über die Beschränkung der Verjährung der Actio judicati, nach gemeinem Rechte. Daß durch die Territorialgesetzgebung andere Ansichten aufgestellt seyn können, ist unleugbar.

Dieses kann auf einem zwiefachen Wege geschehen seyn.

Entweder dadurch, daß durchbesondere Landesgesetze das canonische Recht dem römischen Rechte ausdrücklich nachgesetzt, und mithin die Modificationen, welche ersteres dem letztern hinzugefügt hat, nicht anerkannt sind;

Oder dadurch, daß dem cap. 20. X. de praescript. durch eine authentische Declaration ein Sinn gegeben worden ist, welchen es, nach richtigen Interpretationsregeln, ursprünglich nicht hatte.

In welchen Verhältnissen das Justinianische Rechtsbuch zu dem Corpore juris canonici steht, ist unter den Rechtslehrern sehr streitig. Die richtigste Meinung ist aber ohne Zweifel die, daß, wenn die Vorschriften bei der Rechtsbücher über privatrechtliche Gegenstände einander wi-

dersprechen, das canonische Rechtsbuch[10]) den Vorzug vor dem Justinianischen habe, sofern nicht durch ein ausdrückliches Territorialgesetz oder einen erwiesenen Gerichtsgebrauch dem letztern bei dieser oder jener Rechtslehre, oder im Allgemeinen der Vorzug eingeräumt ist. Es läßt sich nämlich historisch erweisen, daß nach Justinians Zeit[11]) bis auf Gratian der Vorzug des canonischen Rechts vor dem römischen anerkannt und befolgt worden ist, daß Gratian bei Verfertigung des Decrets denselben Grundsatz vor Augen hatte, und daß die spätern Decretalen der römischen Bischöfe das Ansehn des römischen Rechts noch mehr geschwächt haben. Auf der andern Seite ist es aber eben so wahr, daß das canonische Recht auch um deswillen den Vorzug verdient, weil es unserer Zeit und unsern Sitten näher steht, und häufig auf germanische Gesetze und Gewohnheiten Rücksicht nimmt, ja viele seiner Bestandtheile auf deutschem Boden entstanden sind. Und endlich ist es auffallend, daß nach den vorhandenen Urkunden über Rechtsgeschäfte, wenigstens in dem nördlichen Deutschlande, das canonische Recht viel früher zur Anwendung kam, als das römische, ja sogar die Reception des letztern gleichsam vorbereitet hat.

Nichts destoweniger ist gerade in manchen Norddeutschen Staaten, wahrscheinlich auf Veranlassung der Reformation, und weil Luther das corpus juris canonici gänzlich seines Ansehns zu berauben gedachte[12]), ausdrücklich be-

10) S. meine Einleit. in das Justin. Rechtsbuch. S. 184 fgg.

11) Biener Quaestion. cap. LVI (1815).

12) Als Haupt-Beleg möge hier folgendes sehr seltene Actenstück dienen. Vermahnung und Warnung Dr. Martini Lutheri an die Juristen auff dem Predigstuel zu Wittenberg am 13 Februarii anni 43 geschehen.

„Allhie ist noch eins vorhanden, davon ich Warnung thun muß, daß

bestimmt worden, daß daß Corpus juris romani den Vorzug vor dem Corpus juris canonici haben solle. So z. B.

alle Teufel mit aller Gewalt vorhanden seyn. Es unterstehen sich unsere Junkern, die Juristen, das jus canonicum, den Bäpstlichen Dreck öffentlich der Jugend zu lesen, das wir mit großer Mühe und Arbeit auß unserer Kirche gestoßen, verworfen und verdambt haben, und das mit genugsamen Ursachen gewiesen, daß es in unser Kirchen nicht zu dulden und zu leiden sey. Sie aber mit Stolz und uns zum Verdruß wollen solchen stinkenden Dreck wieder in unsere Kirche bringen. Ich will euch aber ernstlich vermahnet haben, versucht mich nicht zu hart, ist euch ja zu wohl, ich will euch das Kützeln vertreiben. Ich weiß besser was jus canonicum sey, Eselsf..rze seind es, als ihr allzumahl lernen und erfahren werdet, Eselsf... seind es, wollt ihr gerne, ich will sie euch auch wohl zu fressen geben, darumb rathe ich, laßt den alten Hund schlafen, und lasset theologiam, theologiam bleiben. Und thut mir die Eselsf... aus der Kirchen, wo nicht, so müßt ihr. Ist doch im ganzen Bäbstlichen vermaledeieten Unrecht (ich sollte gesagt haben, Recht) nichts anders, denn eitel Eselsf..., darinn man auch nicht kann das geringste Pünctlein lernen, was Glaub, Lieb und Sacrament sey, und ihr wollt eure Kunst daran beweisen, die ganze Kirche zu Schanden machen, und die arme Jugend versäumen, euch selbst dazu, und uns damit zu trotzen? Ich will es euch wohl lernen, ist der Teuffel gar in euch; daß ihr nicht wisset, was ihr thun sollt; ich meine, ihr hättet genugsam in den kaiserlichen Rechten zu studiren, und zu lesen, denn die Jugend mit den Eselsf... zu versäumen und zu verhindern. Du sollest Gott danken, daß du der Eselsf... los wärest. Mich wunderts daß die silbernen Juristen umb dero Thaler wegen, solche Schand der heil. Schrifft aufthun. Wohlan, gelüstets euch, ich will euch die Lust büßen, darzu sey dir troz geboten. Wollet ihr das thun, weil ich lebe, was werdet ihr denn nach unserm Tode thun. Wohlan, ich will euch ermahnt haben und gebeten dazu, daß ihr eben nicht wisset; ist euch ja zu wohl, mit der Eselsf...rey, so fresset sie in Italia und anderswo, und machet uns kein Gestank in der Kirchen."

in den Braunschweig Lüneburgschen Ländern [13]), und so darf es nicht auffallen, wenn die ältere Hannoversche Praxis bei Beurtheilung der abgehandelten Streitfrage, auf die oben aufgehobenen Stellen des canonischen Rechts keine Rücksicht nahm, sondern sich im Allgemeinen, an die freilich mißverstandenen Stellen des römischen Rechts hielt [14]).

Sollte also in irgend einem deutschen Staate eine gleiche Verfügung vorhanden seyn, so kann es keinen Zweifel unterliegen, daß bei der Beurtheilung jener Streitfrage über die Verjährung der Actio judicati die oben ausgemittelten Grundsätze des römischen Rechts, mit Ausschluß der Modificationen des canonischen, zu Grunde gelegt werden müssen. Ist aber dieses nicht der Fall, so würde man allerdings die Vorschriften des canonischen Rechts in der Maaße, wie sie gleichfalls oben erläutert sind, zu Rathe ziehen müssen; es wäre denn, daß dem cap. 20. X. de praescript. durch die legislative Gewalt ein anderer Sinn untergelegt worden wäre, als derjenige, welcher in demselben eigentlich enthalten ist.

Dieses ist nun im Königreiche Hannover geschehen.

In der königlichen Verordnung vom 29sten October 1822, eine authentische Entscheidung streitiger Rechtsfragen enthaltend, heißt es im §. 21 ausdrücklich:

„Die gleichfalls streitige Frage: ob bei der Extinctivpräscription bona fides erforderlich sey, wollen Wir da-

13) Engelbrecht de genuinis decisionum fontibus in terris Brunsvico-Luneburg. §. 20. Du Roi Anleit. zur Kenntniß der Quellen und Literatur des Braunschw. Wolfenbüttelschen Staats- und Privatsrechts. (1792.) S. 11.

14) Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Celle bei a Pufendorf Observ. T. I. obs. 117. T. II. obs. 114. v. Ramdohr jurist. Erfahrungen. Th. III. S. 869.

hin entscheiden, daß auch bei der erlöschenden Verjährung, während ihrer ganzen Dauer, der gute Glauben auf Seiten des Verjährenden vorhanden seyn muß."

Hierdurch ist nun allerdings diejenige Ansicht der Rechtsgelehrten, welche die Actio judicati für unverjährbar halten, insofern gebilligt, als eine solche Verjährung nur dann Statt finden soll, falls sich der Verjährende während der ganzen Dauer der Verjährungszeit, in gutem Glauben befunden habe; und ist also in sofern die ältere Praxis durchaus aufgehoben worden.

XVIII. Erörterung.

Ob die Appellation von dem Erkenntnisse eines Commissarius ausschließlich an den Committenten zu richten sey?

Es ist ein in den meisten Lehrbüchern ohne Beschränkung ausgesprochener Satz: daß die Appellation von Verfügungen eines Commissarius ausschließlich an den Committenten zu richten sey, mithin eine Concurrenz anderer Appellationsgerichte für einen solchen Fall nicht statt finden könne [1]).

Indessen dürfte dieser Satz in jeder Hinsicht einer Beschränkung unterworfen werden müssen.

Abgeleitet wird derselbe nämlich aus Stellen des ca-

1) Z. B. Hellfeld jurisprud. forens. §. 199. Martin Lehrbuch des Processes. §. 301. — Schon Carpzov. Lib. III. Resp. 124. stellte dieselbe Meinung auf; aber auch schon Ludolf P. I. obs. 100. erklärte sich gegen dieselbe.

nonischen Rechts, welche von der sogenannten Jurisdictio delegata handeln, und in welchen allerdings ausdrücklich gesagt wird, daß eine Appellation von der Entscheidung des judicis delegati nur an den delegantem zur Hand zu nehmen sey [2]).

Gleichwohl kann dasjenige, was in Betreff dieser jurisdictio delegata verfügt worden ist, keinesweges auf Commissionen jeder Art ausgedehnt werden, wie eine Entwickelung des Grundes, auf welchem Commissionen beruhen können, ergeben wird.

I. Ihrem Ursprunge, so wie besonders ihrer Ausbildung nach, war die jurisdictio delegata eine Gattung der geistlichen Gerichtsbarkeit, und namentlich diejenige, welche durch eine besondere Verleihung der höchsten Kirchengewalt erlangt wurde [3]). Derselben analog wurde aber gar bald eine jurisdictio delegata, als Gattung der weltlichen Gerichtsbarkeit, ausgebildet [4]), indem die weltlichen Herrscher gleichfalls die ihnen kraft landesherrlicher Macht zustehende Gerichtsbarkeit, durch besondere Verleihung andern Personen übertrugen. Beides geschah entweder im Allgemeinen, oder in Bezug auf besondere einzelne Rechtssachen, und so entstand hieraus der Unterschied, daß die judices delegati im erstern Fall eine ordentliche, im letztern dagegen nur eine ausserordentliche Gerichtsbarkeit ausübten. [5])

Nur diese letztere Art der jurisdicio delegata in-

2) cap. 2. 10. 11. 14. de officio et potestate judicis delegati in 6to (I. 14.)

3) G. L. Boehmer princip. jur. canon. L. II. S. III. tit. 7.

4) J. H. Boehmer Jus Eccl. Prot. L. I. tit. 29. §. 14. 15.

5) Vergl. Gensler Commentar zu Martin. §. 39.

terressirt uns hier, indem diese mit dem Begriffe einer Commission zusammen fällt; und in ihrer Hinsicht ist es unzweifelhaft, daß sie sich als eine kraft besondern Auftrags des Committenten angeordnete Gerichtsbarkeit darstellt, welche von dem Commissarius als eine außerordentliche, und subordinirt unter dem Committenten in so weit ausgeübt werden kann, als sie ihm übertragen worden ist. Es ist daher sehr richtig, daß von den Erkenntnissen solcher Commissarien nur an den delegantem appellirt werden kann, wie solches denn auch jene Stellen des canonischen Rechts sehr richtig verfügen.

II. Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn in gerichtlichen Fällen, die Gerichte selbst, eines ihrer Mitglieder, oder das Obergericht ein Untergericht, zur Instruction und Entscheidung committiren, indem dann nicht die Grundsätze der Jurisdictio delegata extraordinaria, sondern vielmehr die über eine Jurisdictio mandata zur Anwendung kommen müssen.

Nach diesen letztern Grundsätzen gestaltet sich die Sache nämlich folgendermaaßen:

1. Committirt ein Gericht eines oder mehrere seiner Mitglieder, um eine Sache, die eigentlich zur Competenz des Gerichts selbst erwachsen ist, zu instruiren und zu entscheiden, so haben diese Beauftragten nur jurisdictionem mandatam; und da der Mandans und Mandatar nur Eine Person ausmachen, so repräsentiren sie bloß die moralische Person des Gerichts.[6]) Es kann daher von den Erkenntnissen derselben an das mandirende Gericht nicht appellirt werden, sondern es muß die Appellation an die höhere Instanz gerichtet

6) Fr. 3. D. I. 21. de officio ejus cui mandata.

werden,[7]) also z. B. von dem Erkentnisse des Commissars eines Untergerichts an das Mittelgericht, von dem Erkenntnisse des Commissars eines Mittelgerichts an das Gericht der dritten Instanz. Ermangelt die höhere Instanz, weil z. B. die appellable Summe nicht vorhanden ist, oder ist z. B. das Erkenntniß von einem Commissarius des Gerichts der höchsten Instanz abgegeben, so ist ein bloß suspensives Rechtsmittel gegen jenes commissarische Erkenntniß eben so einzulegen und zu verfolgen, als wenn das mandirende Gericht selbst beschwerend erkannt haben würde.[8])

2. Committirt ein Obergericht (Mittelgericht), in einer vor dasselbe, und zu seiner eigenen Competenz erwachsenen Sache, einen Unterrichter, so repräsentirt derselbe gleichfalls das mandirende Obergericht; es treten mithin dieselben Grundsätze ein, und die Appellation gegen sein Erkenntniß ist nicht an das mandirende Obergericht, sondern an das Gericht der dritten Instanz zur Hand zu nehmen, wenn nämlich die appellable Summe vorhanden ist; widrigenfalls nur ein bloß suspensives Rechtsmittel bei dem mandirenden Obergerichte offen stände.[9]) Ab eo cui quis mandavit jurisdictionem, non ipse provocabitur, heißt es im fr. 1. § 1. D. XLIX. 3. quis et a quo appellatur, nam generaliter is erit provocandus ab eo cui mandata est jurisdictio, qui provocaretur ab eo, qui mandavit jurisdictionem. Wollte man das Gegentheil annehmen und

7) Fr. 1. §. 1. XLIX 3. quis et a quo appellat.

8) Gensler Commentar zu Martin §. 39. u. 287. — 290. Linde Proceß. §. 70.

9) Gensler a. a. O. §. 287 — 290.

eine Appellation von dem Erkenntnisse des committirten Untergerichts, an das committirende Obergericht verstatten, so würde überdies eine unerlaubte[10]) Instanzvermehrung sich einschleichen, welche der einen der streitenden Partei zum größten Bedruck gereichen könnte; denn, wenn gleich den Unterthanen die Befugniß wohl nicht unbestritten[11]) zustehen dürfte, die volle Zahl der Instanzen zu fordern, wo singulaire Vorschriften des gemeinen Rechts die Verminderung der sonst üblichen Instanzen erlauben, so würde ihnen dennoch die Befugniß nicht verweigert werden dürfen, gegen eine Vermehrung der vollen Zahl der Instanzen zu protestiren.

III. Verschieden von diesen beiden Fällen ist nur noch derjenige, wenn ein Obergericht, zur Entscheidung einer **nicht** zu seiner Competenz, sondern zur Competenz **eines Untergerichts** gehörigen Sache, ein anderes Untergericht committirt, weil z. B. das ursprünglich competente Untergericht perhorrescirt oder recusirt worden ist[12]), oder weil es saumselig war, und alle mandata de administranda justitia nichts fruchteten u. s. w.

10) Gönner Handbuch Bd. IV. nro. 74. §. 2. S. 89.

11) Thibaut Pandectenr. §. 1244. a. E. womit jedoch Gönner Handbuch. Bd. III. nro. 55. §. 31. zu vergleichen ist.

12) Ob in einem solchen Falle das Obergericht, statt einen Commissarius anzuordnen, die Sache selbst zur Entscheidung an sich ziehen könne, ist bestritten. Bejaht wird es von Danz ord. Proceß. §. 24. Thibaut a. a. O. §. 1259.; verneint von Gönner jurist. Abhandl. Bd. II. nro. 4. u. Handbuch Th. I. nro. 12. §. 4. Linde Proceß. §. 82. Vergl. noch Glück Commentar. VI. §. 508. S. 228. fgg.

Daß dieser Fall nicht nach den Grundsätzen der jurisdictio mandata beurtheilt werden kann, ist insofern klar, weil das Obergericht nicht die ihm selbst zustehende jurisdictio dem Untergerichte aufträgt, sondern die Jurisdiction des einen Untergerichts auf das andere transferirt. Dagegen werden aber in demselben die unter I. berührten Grundsätze über die jurisdictio delegata analogisch zur Anwendung kommen müssen. Da nämlich in den meisten, vielleicht in allen deutschen Staaten, der Landesherr den Obergerichten die Aufsicht über die von den Untergerichten auszuübende Rechtspflege übertragen, und denselben zugleich die Macht gegeben hat, Hindernisse, welche sich der prompten und zweckmäßigen Ausübung der diesen zustehenden Rechtspflege entgegensetzen könnten, zu beseitigen, so vertreten die Obergerichte in dieser Hinsicht den Landesherrn, und delegiren sie, als dessen Stellvertreter, die Gerichtsbarkeit. Mithin bleibt es für einen solchen Fall Regel, daß die Appellationen von den Erkenntnissen eines solchen in die Stelle eines andern delegirten Untergerichts, an den Deleganten, nämlich an das delegirende Obergericht gehen, indem das delegirte Untergericht an die Stelle des ordentlichen Richters tritt, folglich von seinen Aussprüchen an denjenigen obern Richter appellirt werden muß, welchem der ordentliche Richter subordinirt ist[13].

13) Gönner Handbuch. Th. IV. nro. 74. §. 2. S. 89.

XIX. Erörterung.

Die Querela nullitatis findet auch gegen Senats-Bescheide des Oberappellationsgerichts Statt.

Ueber die früherhin in einigen Senaten des Oberappellationsgerichts verneinend[1]) beantwortete Frage: Ob die Querela nullitatis auch gegen die aus den Appellationssenaten ergangenen Bescheide und Emandationsrescripte stattnehmig sey, ist nach geschehenem Vortrage in pleno collegii, unter dem 14. October 1822, ein Conclusum dahin gefaßt worden:

> daß die in der Oberappellationsgerichtsordnung P. II. tit. XIV. enthaltenen Vorschriften über die Stattnehmigkeit der Nullitätsquerel auch auf die aus den Appellationssenaten erfolgenden rejectorischen Bescheide und Emendationsrescripte ihre Anwendung finden.

1) S. auch Hagemann pract. Erörter. Th. VI. nro. 57.

XX. Erörterung.

Die Lüneburgische Policeiordnung von 1618 findet auf den ursprünglich einseitigen Harz keine Anwendung.

Zufolge einer Erbtheilung unter den Söhnen Herzogs Albrecht des Großen, von dem Jahre 1279 ist der Harz bis zu dem 20. Jun. 1789, bei der Kurfürstlich- nachmals Königlichen Linie des Hauses Braunschweig-Lüneburg, so wie der Herzoglichen Linie dieses Hauses, dergestalt in Besitz gewesen, daß die erstere denjenigen Theil des Oberharzes, worin die Bergstädte Clausthal, Andreasberg und Altenau belegen waren, ausschließlich, dagegen den Theil des Oberharzes, wohin die Bergstädte Zellerfeld, Wildemann, Grund und Lautenthal, so wie den Unterharz, wohin die beiden Rammelsberge bei Goslar, der Zehnte von Goslar, das Salzwerk Julius Hall und die Eisenfactorei zu Gittelde gehörten, mit den letztern gemeinschaftlich besessen wurden. Man unterschied daher den einseitigen Oberharz, den Communion-Oberharz und den Communion-Unterharz. Durch den zwischen beiden Linien abgeschlossenen Theilungsreceß vom 6. Jan. bis 27. März 1789 wurde die bisher bestandene Ober- und Unterharzische Communion, jedoch mit Ausschluß des Rammelsbergschen Bergwerks und der dazu gehörigen Hütten und Unterharzischen Werke, der Eisenhütte zu Gittelde und der Nutzung der zum Betriebe derselben bestimmten Eisensteinsgruben, nicht weniger auch des Bergwerksrechts in der Goslarschen Forst und des Salzwerks Julius Halle, aufgehoben, wodurch die Communion des Oberharzes in der Maaße wegfiel, daß die Bergstädte Zellerfeld, Grund, Wildemann

und Lautenthal, der königlichen Linie ausschließlich überwiesen wurden, dagegen die Communion des Unterharzes in der eben angegebenen Maaße bestehen blieb.

Jene ältere Eintheilung in den einseitigen und den Communion-Oberharz, bleibt jedoch in Bezug auf die daselbst zur Anwendung zu bringenden Gesetze von Wichtigkeit; so wie es sich überhaupt nicht verkennen läßt, daß dieselbe überhaupt mit Schwierigkeiten verbunden ist, da der Wechsel in den Besitzern jener Harztheile oft Verwirrung in der Gesetzgebung selbst veranlaßt hat. Vorzüglich ist dieses theils dadurch bewirkt, daß, wenn gleich der einseitige Harz gewöhnlich zu dem Fürstenthume Grubenhagen gerechnet wurde, so lange er im Besitz der Grubenhagenschen, durch Herzog Heinrich dem Wunderlichen gestiftete Linie, bis zu deren im Jahre 1596 erfolgten Erlöschung geblieben, es dennoch nicht ausgemacht ist, ob alle und jede, der von dieser Linie erlassenen Verordnungen auch für denselben publicirt worden sind; theils aber auch dadurch, daß, wenn gleich Herzog Heinrich Julius zu Wolfenbüttel, nach jenem Erlöschen den Antheil der Grubenhagenschen Familie in Besitz nahm, dessen Nachfolger, Friedrich Ulrich, durch das Prager Erkenntniß von 1609, welches jedoch erst 1616 zur Vollstreckung kam, zur Herausgabe desselben an die Herzöge Cellischer Linie verurtheilt wurde; theils endlich dadurch, daß es selbst in Hinsicht einiger von dieser Linie erlassenen Verordnungen zweifelhaft ist, ob sie auch für jene Harztheile, namentlich für den sogenannten einseitigen Harz, als publicirt angesehen werden können.

Ganz besonders ist dieses in Betreff der Gültigkeit der Lüneburg-Cellischen Policeiordnung vom 6. Oct. 1618 der Fall gewesen, und ist der darüber obwaltende Zweifel erst in den neuesten Zeiten gehoben worden.

Ein unter dem 27. Jun. 1822 an die Justizcanzlei zu

Göttingen erlassenes Ministerialrescript besagt nämlich über die Gültigkeit der für das Fürstenthum Grubenhagen erlassenen Verordnungen auf dem Harz, namentlich über die Gültigkeit jener Policeiordnung folgendes:

"Auf die berichtliche Anfrage der Königlichen Justizcanzlei vom $\frac{13}{21}$ d. M.

ob die im Fürstenthume Grubenhagen geltende Lüneburgische Policeiordnung vom 6 Oct. 1618, insbesondere die darin Cap. XI. über die Anmeldung und Einschreibung der Contracte enthaltenen Bestimmungen auf den ursprünglichen einseitigen Harz Anwendung finde?

müssen Wir derselben Unsere Meinung dahin zu erkennen geben, daß Wir nach allen eintretenden Umständen, diese Verordnung von verbindlicher Kraft für den Harz nicht halten können.

Es ist bekannt, daß der Harz, vermöge seiner eigenthümlichen, von denen des übrigen Landes ganz verschiedenen, auf die Gewinnung der Metalle eingeschränkten Gewerbe, so wie seiner gerade aus dieser Ursache ihm ertheilten landesherrlichen Privilegien und der daraus entstandenen besondern Verfassung seit der ältesten Zeit her, eine auf diese Eigenthümlichkeiten gegründete specielle Legislation gehabt hat. Wird er gleich gewöhnlich als ein Bestandtheil des Fürstenthums Grubenhagen betrachtet, so ist er doch mit demselben nie in der Maaße verbunden gewesen, daß alle dort geltende Gesetze und Verordnungen auch auf den Harz ihre Anwendung fänden. Es wird vielmehr in jedem einzelnen Falle darauf ankommen, ob eine für das Fürstenthum Grubenhagen erlassene Verordnung, wenn sie nicht ohnehin schon mit der besondern Verfassung des Harzes unvereinbar seyn sollte, auf diesen Landestheil ausdrücklich oder durch eine vorgeschriebene

Publication in den dasigen Ortschaften, ausgedehnt worden ist.

Weder das Eine noch das Andere läßt sich von der Lüneburgischen Policeiordnung behaupten. Zwar wird der Umstand, daß der Harz vorhin durch besondere Repräsentanten auf den Landtagen nicht vertreten ist, von keiner Erheblichkeit sich darstellen können, wenn man dabei in Betracht zieht, daß er nie, durch besondere Stände, repräsentirt zu werden, das Recht gehabt hat.

Allein schon der ganze Inhalt der Lüneburgischen Policeiordnung giebt es zu erkennen, daß der Harz unter ihren Dispositionen nicht begriffen seyn konnte. Es wird desselben und seines wichtigen Bergbau's auch nicht mit einer Sylbe darin gedacht, obgleich auf weit unbedeutendere Gewerbe und Gegenstände genaue Rücksicht genommen worden ist, und es kommen auf der andern Seite allgemeine Bestimmungen, policeiliche Taxen von Lebensmitteln und andern Bedürfnissen darin vor, welche, schon nach der besondern Lage des Harzes, hier nicht zur Anwendung kommen konnten. Diesem trit hinzu, daß die Verordnung, wie man nach der Versicherung des Magistrats zu Clausthal annehmen muß, weder auf dem Harze publicirt, noch weniger vermöge des IV. Cap. derselben, von den dortigen Kanzeln auszugsweise verlesen worden ist. In näherer Beziehung auf die vorgeschriebene Anmeldung und Ingrossation der Contracte dürfte es auch ein nicht unbedeutendes Argument gegen die verbindliche Kraft der Policeiordnung für den Harz abgeben, daß die Privatcontracte über die Veräußerung von Bergtheilen und Ausbeuten durch die besondere Verordnung vom 28 December 1716 für ungültig erklärt sind; deren es nicht bedurft hätte, wenn das Cap. XI. der Lüneburgischen Policeiordnung dort zu befolgen gewesen wäre.

Wenn Wir dennoch in dieser Hinsicht dem Urtheile

der Herren beipflichten müssen, so können Wir dagegen auf der andern Seite nicht dafür halten, daß die Braunschweig-Wolfenbüttelsche Policeiordnung vom 10 April 1589 — also von einer Zeit, wo die Grubenhagensche Linie noch nicht erloschen war — verbindliche Kraft für den ganzen einseitigen Harz habe. Höchstens würde die Bergstadt Andreasberg, in Folge der ihr ertheilten besondern Vorschrift, sie subsidiarisch zu befolgen, für schuldig erachtet werden können."

I. Systematische Uebersicht sämmtlicher in den bisherigen acht Bänden, enthaltenen Erörterungen.

Auf vielfaches Verlangen, und um die practische Brauchbarkeit dieser Sammlung von Erörterungen zu erhöhen, ist diesem Bande derselben, diese systematische Uebersicht sämmtlicher in den acht Bänden enthaltener Erörterungen„ beigegeben worden. Um das Werk, namentlich für den Hannoverschen Geschäftsmann, mit den von mir herausgegebenen Strube'schen Bedenken, in deren Hinsicht ein Aehnliches versucht worden ist, in Verbindung zu bringen, ist hier dieselbe Anordnung beibehalten, und es ist dieserhalb auch bei einzelnen Rubriken, in Hinsicht deren die Hagemannschen Erörterungen nichts enthalten, durch das Zeichen einiger Sternchen darauf aufmerksam gemacht, daß dagegen in der neuen Ausgabe der Strube'schen Bedenken, dessen oder anderer vaterländischen Rechtslehrer Ausführungen über diese Gegenstände, enthalten oder nachgewiesen worden sind.

Uebrigens bedeutet sowohl in dieser Uebersicht, als in dem nachfolgenden Sachregister, bei Anführung des achten Bandes, der Buchstab a., die erste, und der Buchstab b. die zweite Abtheilung desselben.

A.

Privatrecht.

Erster Haupttheil.

Allgemeine Grundsätze.

I. Recht überhaupt.

Von der Regel, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. VI. 14

II. Gesetz.

a. ausdrücklich promulgirtes.

1. In wie fern die Landesgesetze des Herzogthums Bremen auch das Domcapitel in Hamburg verbinden? II. 6.
2. Was für Provinzialgesetze im Amte Wildeshausen gelten? III. 15.
3. Von den in der Obergrafschaft Hoya geltenden Landesgesetzen. VII. 1.
4. Das Statut der Stadt Soltau. VII. 68.
5. Einige Bemerkungen über die Anwendbarkeit des Zellischen Stadtrechts, hinsichtlich der eximirten Personen. VIII. a. 21.
6. Die gelehrtern Bemerkungen der dem römischen Rechtsbuche excerpirten und citirten classischen Schriftsteller sind in der Regel keine eigentliche Gesetze. VIII. a. 41.
7. Das Statut der Stadt Stade in hochdeutscher Uebersetzung VIII. a. Anhang.
8. Receß vom 16 Jan. 1694, über die Gerichtsbarkeit der Stadt Dannenberg. Ebendaselbst.
9. Ueber den Rechtszustand in den vormals Hessischen Aemtern Auburg, Freudenberg und Uchte, und die in denselben geltenden Gesetze. VIII. b. 14.
10. Die Lüneburgische Policeiordnung von 1618 findet auf den ursprünglich einseitigen Harz keine Anwendung. VIII. b. 20.

b. Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch, Herkommen.

1. Die Observanz eines Gesetzes oder Statuts kann durch Prae-

judicia, welche in den öffentlichen Druckschriften bekannt gemacht worden sind, erwiesen werden. I. 40.

2. Von dem richterlichen Ermessen bei Bestimmung des zur Einführung einer Gewohnheit erforderlichen Zeitmaßes. VI. 60.

3. Meinungen der Rechtsgelehrten. Praejudicien. VII. 41.

Zweiter Haupttheil.

Personenrecht.

Erster Abschnitt.

Von den Personen überhaupt.

I. Moralische Personen.

1. Ueber den in den ältern Braunschweig-Lüneburgischen Landesverordnungen vorkommenden Ausdruck Tucht oder Tüchten. II. 49.

2. Ueber die Verbindlichkeit und Gültigkeit der Gemeindebeschlüsse. III. 25.

3. Von dem Widerspruchsrechte einer Gemeinde oder einzelner Glieder derselben bei einer intendirten Veräußerung der Pertinenzen von Lehns- oder Gutsherrschaftfreien Reihestellen. V. 37.

4. Ueber die bei den Berathschlagungen des Oberappellationsgerichts in Rechtssachen vorfallende Stimmengleichheit. II. 20.

5. Ueber den Ausdruck: Interessenten. VII. 33.

II. Physische Personen.

* * *

Zweiter Abschnitt.

Vom Rechtsstande derselben

Erster. Absatz.

Vom Status naturalis.

1. Minderjährige.

1. Von der eidlichen Entsagung der den Minderjährigen zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. IV. 31.

2. Abwesende.

*   *   *

S. Erbfolge der Verwandten; Lehnrecht, Rechte des Lehnsherrn, der Vasallen, und Trennung des Lehns vom Erbe.)

3. Gemüthskranke.

1. Von den Beweismitteln der Blödsinnigkeit und Geistesschwäche. V. 5.

2. In wiefern können Personen, die in Rücksicht auf gewisse Gegenstände wahnsinnig sind, Testamente errichten und Rechtsgeschäfte gültig eingehen? VI. 50.

4. Taub= und Stummgeborne.

Ein Taub= und Stummgeborner sucht um die landesherrliche Bewilligung der Testamentifaction nach. II. 9.

5. Verschwender.

Ueber die Prodigalitätserklärung. III. 48.

Zweiter Absatz.

Vom status civilis.

1. Unfreie.

*   *   *

2. Bauern.

1. Von den Bauerschaften in Niedersachsen und Westphalen. V. 20.

2. Von der Befugniß der Gemeinden in den hiesigen Landen, unter sich Auspfändungen vorzunehmen, oder von den sogenannten Bauerköhren. II. 50.

3. Die Dorfshirten sind nicht als Häuslinge anzusehen, und entrichten mithin kein Schutz= und Dienstgeld, wenn kein besonderes Herkommen sie dazu verpflichtet. II. 47.

3. Bürger.

*   •   *

4. Adel.

* * *

Dritter Absatz.

Vom status familiae.

I. Ehe.

a. im allgemeinen.

1. Von der Befugniß des Magistrats der Stadt Verden, in den Ehesachen der dortigen Bürger in erster Instanz zu erkennen. III. 76.
2. Ueber einige der erheblichsten Verschiedenheiten zwischen den Ehegesetzen der Churbraunschweig = Lüneburgischen Lande. IV. 63.

b. Förmlichkeiten bei Eingehung der Ehe.

A. Verlöbnisse.

1. Ueber die Nothwendigkeit der Gegenwart des Predigers des Orts bei den Eheverlöbnissen der gemeinen Leute auf dem Lande, welche entweder noch Aeltern und Großältern haben, oder unter Vormundschaft stehen. III. 52.
2. Bei der richterlichen Entscheidung der Frage: ob ein Eheverlöbniß zwischen Personen, welche noch Aeltern haben, oder sich unter Vormundschaft befinden, gültig sey? muß in den hiesigen Landen von Amtswegen, auf das Daseyn der älterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung gesehen werden. III. 53.
3. Die Gültigkeit eines Eheverlöbnisses kann nicht in jedem Falle nach den Localgesetzen des Orts beurtheilt werden, wo dasselbe eingegangen ist. III. 54.
4. Inwiefern Minderjährige wider gültige Eheverlöbnisse in den vorigen Stand zu setzen sind? IV. 66.
5. Eine heimlich geschehene Trauung hebt das erste gültige Verlöbniß nicht auf. VII. 27.

* Eheklagen.

Von der Eheklage, welche aus einem unter dem Versprechen der Ehe vollzogenem Beischlafe entspringt. VI. 97.

* * Satisfaction einer Geschwächten.

1. Die Satisfactionsforderung einer Geschwängerten kann durch den Einwand des Schwängerers, daß sie schon mit anderen, vor dem mit ihm gepflogenen Beischlafe concumbirt habe, nicht allemal abgewendet werden, und eine im allgemeinen darauf gerichtete Eidesdelation ist unzulässig. IV. 69.
2. Satisfaction aus constitutionswidrigen Verlöbnissen. VI. 84.
3. Von der Satisfactionsklage geschwängerter Mädchen. VI. 100.
4. Der in Anspruch genommene Stuprator hat keinen Regreß gegen die übrigen Stupratoren. VII. 92.

B. Sonstige Förmlichkeiten.

1. Von dem zur Eingehung der Ehe erforderlichen Alter. II. 61.
2. Von der obrigkeitlichen Supplirung des versagten älterlichen Consenses. IV. 64.
3. Ueber die Befreiung vom Aufgebot und die Haustrauung des Adels. V. 16.
4. Aeltern oder Vormünder, welche ihren Consens zur Verheirathung ihres Sohns oder Curanden einmal gegeben haben, können ihre Einwilligung nicht einseitig und willkührlich zurücknehmen, wenn derselbe seine, wenn gleich nicht constitutionsmäßig Verlobte, unter wiederholtem Versprechen der Ehe nachmals geschwängert hat. VII. 19.
5. Von Ehezetteln oder Trauscheinen. VIII. a. 34.

C. Trennung der Ehe.

1. Die Trennung von Tisch und Bette, welche bis auf anderweite Verordnung geschieht, ist von der Separation auf beständig, wohl zu unterscheiden. IV. 67.
2. Geschiedene Eheleute können von neuem eine Ehe mit einander eingehen. V. 46.
3. Ueber die Beweiskraft des Eingeständnisses bei Ehescheidungsklagen. VI. 29.
4. Der Richter kann in Ehescheidungssachen einer Partei von Amtswegen den Eid auflegen. VI. 30.
5. Ein durch lasterhafte Handlungen veranlaßtes Zeugungsunvermögen ist eine Ehescheidungsursache. VI. 31.
6. Der Vermögensverlust des schuldigen Ehegatten beschränkt sich auf die Scheidung wegen Verletzung der ehlichen Treue. VI. 34.
7. Der unschuldige Ehegatte kann von den condonirten Ehescheidungsgründen zur Unterstützung einer neuen Scheidungsklage Gebrauch

machen, welche aus Scheidungsursachen, die nach der Versöhnung erfolgt sind, erhoben ist. VII. 48.

8. Ehescheidung auf den Grund eines präsumtiven Ehebruchs. VII. 49.

9. Von der Annullation einer Ehe wegen Unvermögens zum Beischlaf. VII. 50.

10. Die wegen Ehebruchs geschiedene unschuldige Ehefrau, kann, wenn sie keinen oder einen nicht genügenden Brautschatz eingebracht hat, auch nach Trennung der Ehe standesmäßige Alimente aus dem Vermögen des Schuldigen verlangen. VIII. b. 4.

D. Zweite Ehe.

1. Die Verordnung der L. 3. C. de sec. nupt. findet auch bei Erbverträgen und wechselseitigen Testamenten der Ehegatten statt; sie kann aber remittirt werden. V. 7.

2. Von den zweiten Verheirathungen der Militairfrauen. VI. 33.

E. Ehestiftungen.

a. Förmlichkeiten derselben.

Ueber die gerichtliche Bestätigung der Ehestiftungen. II. 54.

b. Arten derselben, namentlich über vertragsmäßige Erbfolge der Ehegatten.

1. Von der Beweiskraft jüdischer Trauungspacten. VII. 72.

2. Von der vertragsmäßigen Erbfolge der Witwe eines kinderlos verstorbenen Meiers und deren Beerbung in Hinsicht der Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg. VII. 47.

S. noch vertragsmäßige Erbfolge.

F. Dos.

1. Zurückgabe des Brautschatzes nach getrennter Ehe. VI. 77.

2. Ueber den Ankauf eines Grundstücks von den Dotalgeldern der Frau. VII. 79.

3. Kann die Ehefrau eines Meiers ihr Eingebrachtes aus dem Concurse ihres Ehemannes zurückfordern, wenn derselbe Schuldenhalber abgemeiert ist? VII. 86.

4. Brautschatz und Aussteuer einer Meierwittwe bleiben im Hofe, wenn sie eine Leibzucht aus demselben erhalten hat. VIII. a. 23.

5. Die Ehefrauen der Meier und Leibeigenen in der Grafschaft Hoya sind befugt, ihr Eingebrachtes aus dem Concurse des Mannes zu= zurückzufordern. VIII. b. 3.

G. Parapherna.

* * *

H. Gütergemeinschaft.

1. Von der Gütergemeinschaft der Eheleute und der daraus ent= springenden Erbfolge des überlebenden Ehegatten im Amte Ottersberg, Herzogthums Bremen. I. 61.

2. Bei der Theilung der im Alten Lande üblichen Gütergemein= schaft unter Eheleuten müssen die unabgefundenen Kinder dasjenige conferiren, was sie an Aussteuer u. s. w. erhalten haben. IV. 76.

3. Allgemeine Gütergemeinschaft — Adquäst — Erbrecht der Ehegatten — Portio statutaria — Schulden des Mannes, nach den Rechten der Stadt Burtehude. VI. 49.

4. Von der ehlichen Gütergemeinschaft in der Stadt Lüneburg. VIII. a. 3.

I. Donatio propter nuptias und Witthum.

1. Eine Witwe, die während des Trauerjahrs einen unehlichen Beischlaf begeht, verliert dasjenige, was ihr von dem verstorbenen Ehe= mann ex liberalitate et titulo lucrativo hinterlassen ist. II. 60.

2. Der Betrag oder Werth des Witthums, welches ein Vater bei einer andern Ehe seiner zweiten Ehefrau zusichert, darf den Erban= theil nicht übersteigen, der dem am mindesten bedachten Kinde erster Ehe zufällt; am allerwenigsten kann durch ein solches Witthum der Pflichttheil der Kinder erster Ehe geschmälert werden. III. 38.

K. Rechtliche Verbindlichkeiten der Ehegatten insbesondere.

* * *

II. Rechtliches Verhältniß der Aeltern zu den Kindern.

a. Im Allgemeinen.

Kinder, welche ihren Aeltern in deren Hauswesen öconomische

Dienste leisten, wodurch dieselben einen Knecht oder eine Magd erspart haben, können dafür einen billigen Dienstlohn fordern. II. 55.

* Geschwister, welche ihren Geschwistern in deren Hauswesen öconomische Dienste leisten, können einen billigen Dienstlohn fordern, wenn dadurch ein Knecht oder eine Magd erspart ist. VII. 78.

b. Legitimität und Legitimation.

1. Die Verordnung der Gesetze, daß ein im siebenten Monate gebornes Kind für legitim zu halten sey, ist nicht bloß auf die im Ehestande erfolgenden Kinder einzuschränken, sondern auch auf die außer der Ehe erzeugten Kinder in der Maaße anzuwenden, daß derjenige, der mit der Mutter des Kindes im siebenten Monat vor deren Niederkunft, den Beischlaf begangen zu haben, eingesteht, für den Vater des Kindes gehalten wird. IV. 68.

2. Wenn von der Zeit des eingeräumten Beischlafs 182 Tage bis zur Niederkunft verflossen sind, so braucht die Geschwängerte nicht zu erweisen, daß der Stuprator Vater des Kindes sey. Ueberflüssige Eidesdelationen. VI. 101.

c. Verbindlichkeit zu alimentiren.

1. Von der Verpflichtung des Stuprators zur Ernährung des unehlichen Kindes und der Exceptione plurium concumbentium. II. 59.

2. Ob ein Vater oder Großvater verbunden ist, die unehlichen Kinder seines Sohns oder Enkels zu ernähren, wenn des Schwängerers eigene Mittel dazu nicht hinreichen? IV. 70.

3. Inwiefern sind Aeltern, die ihren Kindern, welche hinreichendes eigenes Vermögen besitzen, Civilalimente aus dem Ihrigen gegeben haben, solche wiederzufordern befugt? VI. 15.

* Ueber die wechselseitige Alimentationspflicht ehlicher Geschwister. VIII. b. 12.

d. Väterliche Gewalt.

1. Peculium profectitium. Einrichtung einer separaten Oeconomie und Einwilligung des Vaters. VII. 29.

2. Die Kinder können ihr mütterliches Vermögen vom Vater abfordern, wenn sie von ihm aus der väterlichen Gewalt entlassen sind. VII. 120.

3. Der Eintritt in den Soldatenstand oder in Staatsdienste bewirkt an sich keine Entlassung aus der väterlichen Gewalt. VIII. a. 13.

e. Adoption und Einkindschaft.

Die Wirkung der Einkindschaft fällt hinweg, und der Einkindschaftsvertrag ist als aufgehoben zu betrachten, wenn die uniirten Kinder oder deren Descendenten den Zeitpunct des Erbfalls nicht erleben. IV. 71.

III. Vormundschaft und Curatel.

1. Einige Bemerkungen, welche sich auf die Vormundschaftsbestellung beziehen. II. 37.

2. Von der Anzahl der Kinder, wodurch die Entschuldigung eine übertragene Curatel oder Tutel zu übernehmen, rechtlich begründet wird. III. 3.

3. Von der Verpflichtung mehrerer Vormünder, die Pupillen wegen schlecht geführter Administration zu entschädigen. III. 6.

4. Von der zum Vortheile der unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen abzweckenden Vertauschung der denselben zustehenden unbeweglichen Güter. III. 45.

5. Wenn Güter des Minderjährigen öffentlich versteigert und dem Meistbietenden zugeschlagen sind, hernachmals aber von einem neuen Liebhaber ein Erhebliches mehr geboten wird, so ist derselbe gegen den Zuschlag in integrum zu restituiren. IV. 43.

6. Ueber die Vorschriften des römischen Rechts, in Absicht der Vormünder, welche Gläubiger oder Schuldner der Pflegbefohlenen sind, und deren Anwendbarkeit. V. 30.

7. Der Schuldner eines Pupillen kann seine Schuld an den Vormund, ohne besondere Erlaubniß des obervormundschaftlichen Gerichts, sicher bezahlen. V. 31.

8. Niemand darf sich selbst in einem Testamente als Vormund einschreiben. VI. 54.

9. Militairpersonen dürfen ohne Dispensation keine Vormundschaft übernehmen. VII. 103.

10. Von der Actio subsidiaria adversus magistratum oder tutelae utilis. VII. 102.

11. Vormünder der Minderjährigen — Entlassung aus der väterlichen Gewalt — Verträge der Minorennen. VII. 38.

Dritter Haupttheil.

Sachenrecht.

Erster Abschnitt.

Von den Sachen überhaupt.

Erster Absatz.

Von körperlichen Sachen.

A. Im Allgemeinen.

1. Von der Acker oder Landmaaße und den verschiedenen Benennungen derselben. III. 43.
2. Feldmark, Dorfmark, Feld=Dorf= und Zehentflur. V. 19.

B Einzelne Arten derselben.

1. Gemeinheiten.

1. Wem die Befugniß zusteht, Ausweisungen vorzunehmen? II. 26.
2. Ueber die bei den Gemeinheitstheilungen anzuwendenden Maaßstäbe. VI. 1.
3. Von der Theilnahme der Geistlichen an den Gemeindenutzungen und Vortheilen. VI. 42.
4. Wer die Gemeinweide durch Verpachtung oder Aufnahme fremden Viehs benutzt, muß darnach seinen eigenen Viehstapel herabsetzen. VII. 66.

S. noch Weidegerechtigkeit.

2. Bürgergüter.

* * *

3. Stammgüter.

Von dem Retracte in den Bremischen Erbstammgütern. VII. 21.

4. Erbgüter.

* * *

5. Sattelgüter.

* * *

6. Lehngüter.

a. Arten derselben.

Ueber das Gewandschneiderlehn in Lüneburg. V. 1.

b. Lehnsfähigkeit.

* * *

c. Investitur.

Ueber Lehnsurkunden und deren Edition. IV. 48.

d. Lehnsexspectanz und Eventualbelehnung.

* * *

e. Rechte des Lehnsherrn und Pflichten des Vasallen.

1. Ob und in wiefern der Besitzer eines Lehnstücks, welches von ihm ohne lehnsherrlichen Consens angekauft ist, wenn dasselbe von dem Lehnsherrn vindicirt wird, auch zur Erstattung der davon erhobenen Früchte schuldig ist? III. 57.

2. Verträge und Contracte, welche ein Vasall, gegen den die Strafe der Felonie erkannt ist, abgeschlossen hat, verbinden den Lehnsherrn nicht. VI. 22.

3. Kann der Lehnsherr gegen Caution die Abtretung der Lehnsgüter eines verschollenen Vasallen, welche auf dem Heimfalle stehen, fordern? VII. 111.

f. Rechte der Vasallen.

1. Von der Rechtswohlthat der Competenz verschuldeter Vasallen und der Alimentation der Töchter aus dem Lehen. VI. 5.

2. Competenz. Alimenta extraordinaria. VII. 2.

3. In wiefern kann der Curator eines verschollenen Vasallen in dessen Namen die Belehnung vom Lehnsherrn rechtlich fordern. VII. 112.

4. Die Abwesenheit eines zur Lehnfolge gelangenden Vasallen ist kein Grund, ihn davon auszuschließen und ihn des Lehns zu priviren. VII. 114.

g. Afterverleihung.

* * *

h. Lehnsveräußerung und Retractrecht.

1. Ob das Retractrecht von den Kindern des alienirenden Vasallen noch bei dessen Lebzeiten ausgeübt werden könne? V. 24.

2. Successores universales können als Lehnfolger die von ihrem Erblasse einseitig vorgenommene Veräußerung der Lehnstücke revociren, nur sind sie verbunden, dem Besitzer des veräußerten Stücks den Preis, für welchen dieses verkauft ist, zu erstatten. II. 8.

3. Ein Gemeinschuldner über dessen Lehn- oder Fideicommißgüter ein Concurs entstanden ist, muß die von dem Güterpfleger darüber geschlossenen Pachtcontracte aushalten, wenn er gleich den Concurs vor Ablauf der Pachtzeit sistirt und aufhebt. III. 50.

4. Die während der Usurpationszeit errichteten Vergleiche über Lehnspertinenzien und Gerechtsame können von den Vasallen nicht revocirt werden. VI. 81.

5. Von der Verbindlichkeit der in Lehn- und Stammgütern folgenden Söhne, die Facta ihrer Ascendenten zu prästiren. VII. 45.

6. Von den Wirkungen des Consenses der Lehnsvettern zur Lehnsverpfändung. VIII. a. 2.

7. Den Söhnen steht die Befugniß nicht zu, das von ihrem Vater, unter Einwilligung des Lehnsherrn und Agnaten veräußerte Lehn zu revociren. VIII. b. ii.

i. Trennung des Lehns vom Erbe, Lehnsmeliorationen, Lehnsschulden.

1. Ueber einige Fälle, welche bei Absonderung des Lehns vom Erbe vorzukommen pflegen. III. 17.

2. Die Descendenten eines Vasallen sind ohne Unterschied des Grads verbunden, die Allodialschulden desselben aus den Lehnseinkünften hülfsweise zu bezahlen. VII. 46.

3. Inwiefern können die Allodialerben die von dem letzten Lehnsbesitzer oder dessen Vorfahren bezahlten Lehnsschulden, von dem Lehnsfolger zurückfordern, oder die unbezahlten demselben aufbürden. V. 29.

4. Der Allodialerbe kann den Genuß der Lehnsrevenüen bis zum wirklichen oder präsumtiv erfolgten Tode eines verschollenen Vasallen fordern. VIII. a. 39.

k. Verwandlung des Lehns in Erbe.

* * *

7. Meiergüter und dergleichen.

a. Arten derselben

1. Welche Stücke gehören zum theilbaren und welche zum untheilbaren Allodio der Meiergüter. I. 36.

2. Fälle, bei welchen der Unterschied zwischen theilbarem und untheilbarem Allodio der Meiergüter vorkommen kann. I. 37.

3. Bemerkungen aus dem Meierrechte. V. 33.

4. Ueber den Begriff eines wüsten Hofs, nach der Natur der Sache und den Landesgesetzen. V. 34.

5. Einiges über das Meierrecht im Herzogthum Sachsen Lauenburg. VI. 18.

b. Bemeierung.

* * *

c. Rechte des Gutsherrn.

1. Ob der Gutsherr oder der Gutsmann Eigenthümer der auf dem Meiergute stehenden Bäume ist? II. 34.

2. Von der Befugniß der Gutsherrn im Fürstenthume Osnabrück, auf den Gründen ihrer Gutsleute, Bäume zu fällen. VII. 31.

d. Rechte des Meiers.

Ob ein Meiersmann, der ein in seinem Meierbriefe benanntes Naturalpräſtandum lange Zeit mit Gelde bezahlt hat, sich dadurch auf rechtliche Art von der Naturalpräſtation befreien könne? I. 39.

e. Pflichten des Meiers.

Der Meier darf den Meiercontract nicht einseitig aufkündigen und das Meiergut nicht nach Willkühr verlassen. IV. 82.

f. Veräußerung des Meierguts.

Der Sohn eines Meiermanns oder Erbenzinsmanns kann die, vom Vater mit Consens des Gutsherrn geschehene Veräußerung des Meier- oder Erbenzinsguts, kraft seines Erbrechts nicht als ungültig anfechten, und das alienirte Gut nicht vindiciren. VI. 11.

g. Ablager der Kinder.

1. Ob und in wiefern die den Geschwistern aus den Meierhöfen ge-

bührende Abfindung = Brautschatz = und Aussteuerablobungen deren ganzen kindlichen Erbtheil ausmachen. I. 38.

2. Ob die Auszahlung der gutsherrlich consentirten Abfindung der Kinder aus den Meierhöfen lediglich auf den Fall der Verheirathung derselben einzuschränken sey? III. 16.

3. Ueber die Einwilligung zu den Auslobungen aus den Brem = und Verdenschen Bauergütern. VI. 41.

4. Abfindungen der Meierkinder. VII. 57.

h. Interimswirthschaft, Altentheil, Leibzucht.

1. Der ausgelobte Altentheil geht durch begangenen Ehebruch verloren. I. 52.

2. Es ist keinesweges durchgängig und unbedingt erforderlich, daß der Interimswirth der Meierstelle eigenes Vermögen zubringe, um nach Beendigung der Verwaltungsjahre eine den Kräften der Stelle angemessene Leibzucht oder einen Altentheil verlangen zu können. II. 35.

3. Von der Leibzucht. VII. 51.

i. Abmeierung.

1. Ein Fall, in welchem die, wegen Abmeierung und Besetzung der unter der Gutsherrschaft der königlichen Cammer stehenden Höfe, erlassene Landesverordnung keine Anwendung findet. III. 27.

2. Wenn ein Meier aus rechtlichen Ursachen abgemeiert wird, so bewirkt dieses auch gegen seine Ehefrau und Kinder den Verlust des meierrechtlichen Besitzes der Stelle. IV. 10.

3. Wenn sich ein Meier geraume Zeit von dem Meiergute gänzlich entfernt, so giebt dieses dem Gutsherrn einen rechtlichen Grund dazu, die Abmeierung zu verfügen. IV. 11.

k. Erbenzinsgüter und dergleichen.

1. Ueber die Beschaffenheit des zu liefernden Zinskorns. VII. 75.

2. Von der Erbpacht und dem Beweise dergleichen. II. 22.

Zweiter Absatz.

Von unkörperlichen Sachen und Gerechtigkeiten.

1. Mühlengerechtigkeit.

1. Das Wasser eines Bachs, der eine Mühle treibt, ist Niemand be=

rechtigt, so zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird. I. 4.

2. Einige Beiträge zum Mühlenrechte. IV. 1.

3. Ueber das Recht des Besitzers einer Windmühle, die Anlagen und Verrichtungen der Benachbarten zu hindern, durch welche der zum Mahlen erforderliche Windzug vermindert oder gehemmt wird. IV. 2.

4. Von der Concession zu Mühlenanlagen in den Herzogthümern Bremen und Verden. VII. 15.

2. Brau= und Kruggerechtigkeit.

Ob und in wiefern ein Begüterter auf seinen adlichen Sitzen und Vorwerken Krugwirthschaft anzulegen und Concessionen zum Branntweinsschank und Hockenhandel zu ertheilen berechtigt ist? III. 49.

3. Holzungsgerechtigkeit.

1. Von der Befugniß des Forstherrn, Zuschläge und Schonungen anzulegen. II. 24.

2. Ueber den Unterschied des sogenannten Hartholzes und des Weichholzes. II. 25.

3. Forstgrund, Forsterweiterung, Anflug. IV. 53.

4. Ueber die Gerechtigkeit des Heidelbeerenpflückens. V. 17.

5. Von dem freien Holz= oder Axthiebe. V. 18.

6. Ueber die Berechtigung zum Fallholze und zu den Windbrüchen und die verschiedenen Arten der letztern. V. 21.

7. Von der Anweisung und Verabfolgung des Holzes, sonderlich aus den landesherrlichen Waldungen und Forstrevieren gegen Forstzins. VII. 26.

4. Jagdgerechtigkeit.

1. Der Eigenthümer einer Koppeljagd ist befugt, sein Jagdrevier zu Zeiten mit mehreren Schützen zu bejagen. I. 10.

2. Von der Jagdfolge. I. 11.

3. Von der Verbindlichkeit des Jagdeigenthümers, den in seinem Jagdbezirke durch das Wild veranlaßten Schaden zu ersetzen. III. 6.

4. Ueber den wahren Sinn des in alten Urkunden vorkommenden Ausdrucks: stracke Jagd. III. 7.

5. Ueber den Beweis eines privativen Jagdrechts unter mehreren Jagdeigenthümern in Hinsicht einzelner Reviere. V. 27.

6. Von Jagdablagen und Jagdmeiern. V. 35.

7. Von der Koppeljagd im Fürstenthum Lüneburg. VII. 25. VIII. a. 14.
8. Ausübung der Wildfolge. VII. 81.

Zweiter Abschnitt.

Vom Besitze.

* * *

Dritter Abschnitt.

Vom Eigenthume.

Erster Absatz.

Von den Erwerbsarten desselben.

1. Beute.

Ius postliminii. VIII. a. 18.

2. Occupation, Alluvion u. s. w.

* * *

S. Eigenthum (Berechtigungen gewisse Thiere zu halten. nro. 4.)

3. Tradition.

* * *

S. Schenkung (unter den Lebendigen).

4. Verjährung.

a. adquisitive.

1. Verjährung der Realservituten nach prätorischem Rechte. VII. 91.
2. Von der wider die Städte stattfindenden Verjährungszeit. IV. 5.
3. Zulässigkeit der Immemorialverjährung gegen verbietende und Forstpolizeistrafgesetze. VI. 42.
4. Bei der Behauptung einer Immunität von Personalabgaben oder

sonstigen Pflichten ist der Beweis einer unvordentlichen Verjährung zulässig. IV. 25.

5. Von der Jagdverjährung wider den Landesherrn im Fürstenthum Lüneburg. VIII. a. 24.

6. Von Erwerbung der Realdienstbarkeiten durch außerordentliche Verjährung. VIII. a. 32.

b. extinctive.

1. Von der Verjährung in Schuldsachen aus klaren Brief- und Siegeln. IV. 38.

2. Von der Verjährung der Retractsklage. V. 25.

3. Von der Verjährung der Injurienklagen. VII. 59.

4. Von der Verjährung der Lehnsvindicationsklage. VII. 125.

5. Die Actio judicati ist verjährt, wenn sie nicht binnen 30 Jahren erhoben wird. VII. 116.

6. Die Ausflucht der Verjährung kann bei Procuraturklagen von dem Richter ex officio supplicirt werden. I. 74.

7. Die Einrede der Verjährung kann der Richter sonst nicht ex officio suppliren. VII. 4.

8. Ueber Klagenverjährung, namentlich über die Verjährung der Actio judicati. VIII. b. 17.

Zweiter Absatz.

Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Eigenthum.

1. Von der Vorrichtung und Unterhaltung der Planken, Zäune, Hecken, und Graben. I. 34.

2. Von dem Heckenrechte. V. 22.

3. Befriedigung ländlicher Grundstücke. VII. 7.

4. Ueber die Entfernung eines zu grabenden Brunnens. VII. 128.

5. Wer auf seinem Grund und Boden einen Brunnen, Canal oder eine Gosse anlegt, wodurch des Nachbars Eigenthum beschädigt wird, muß dafür Ersatz und für die Zukunft Sicherheit leisten. VII. 127.

6. Der Eigenthümer ist nur dann schuldig, den von seinem Nachbar herüberdringenden Rauch oder Staub zu dulden, wenn dieser ein gewöhnlicher ist. VIII. b. 8.

Dritter Absatz.

Berechtigungen, gewisse Thiere zu halten.

1. Der Gutsherr, der keine Gerichtsbarkeit über den Meiergrund hat, kann

kann von den, auf diesem zur Nahrung ausgestellten Bienenstöcken, weder Flügggeld noch Stättegeld verlangen. I. 50.

2. Einige Beiträge zum Bienenrechte. II. 7. III. 5.

3. Die Anlage eines Bienenzauns auf eigenem Grund und Boden. VI. 7.

4. Von dem Rechte, Bienenschwärme einzufangen. VII. 122.

Vierter Absatz.

Verlust des Eigenthums.

* * *

Fünfter Absatz.

Retractrecht.

1. Der öffentlich meistbietend geschehene Verkauf hindert den Retract nicht. II. 56.

2. Ein Particulairretract durch Nachbarrecht ist nicht zulässig. II. 57.

3. Der Käufer eines in der Folge retrahirten Grundstücks ist zur Erstattung der von demselben während der Retractsklage genossenen Früchte nur von der Zeit an verbunden, wo der Retrahent den Kaufpreis entweder baar angeboten, oder deponirt hat. III. 2.

4. Ein Erbenzinsherr kann von dem bedungenen Vorkaufs= und Näherrechte auch alsdann Gebrauch machen, wenn er das Erbenzinsgut nicht selbst benutzen, sondern es einem Dritten überlassen will. III. 32.

5. Die Wirkungen des bedungenen Näherrechts finden erst dann statt, wenn der Wiederverkauf vollkommen zu Stande gekommen ist. IV. 7.

6. Der Retract vermöge des Nachbarrechts steht da, wo derselbe hergebracht ist, der Regel nach, auch den Meiern, wegen der Angrenzung der von ihnen meierrechtlich besessenen Grundstücke zu. IV. 8.

7. Von der Retractsklage bei Bauerlehn. V. 26.

S. auch noch Verjährung, Lehnsveräußerung, Kauf.

Vierter Abschnitt.

Von Dienstbarkeiten.

Erster Absatz.

Von Dienstbarkeiten im allgemeinen.

1. Von der Zulässigkeit der Beweise einer zuständigen Servitut, nach verjährter Litispendenz. VI. 67.
2. In wieweit der Gebrauch einer Servitut nicht über die Nothdurft oder Unentbehrlichkeit hinausgehen darf? VIII. a. 40.
3. Ueber den Beweis bei der Negatorienklage, wenn dem Kläger das Eigenthum abgeleugnet worden ist. VIII. b. 2.

S. noch Verjährung.

Zweiter Absatz.

Von einzelnen Dienstbarkeiten.

1. Nießbrauch.

* * *

3. Servitus luminum.

Lichtrecht — Fensterrecht. VI. 13.

2. Wegegerechtigkeit.

* * *

4. Servitus oneris ferendi.

* * *

5. Weidegerechtigkeit.

1. Von der Benutzung der Wiesen durch zweimaliges Abmähen. I. 15.
2. Von den geschlossenen und ungeschlossenen Zeiten der Hut und Weide. III. 28.
3. Ob die Anzahl des Viehs, welches auf die Gemeinweide getrie-

ben werden darf, im Fürstenthum Lüneburg lediglich nach dem Fuße der Landcontribution zu bestimmen sey? IV. 55.

4. Ob jemand mehr Vieh auf die Gemeinweide zu treiben berechtigt ist, als er von seinen eigenen, zur Dorfsflur gehörenden Ländereien durchwintern kann? IV. 56.

5. Die Anzahl des auf die Gemeinweide zu treibenden Viehs ist nach den Haushaltsbedürfnissen der verschiedenen Classen der Gemeindemitglieder zu bestimmen. IV. 57.

6. Ob und inwiefern ein Weideberechtigter sein Weiderecht verpachten und fremdes Vieh unter sein eigenes aufnehmen darf? IV. 58.

7. Von Besömmerung der Brachfelder. V. 8.

8. Vom Mithütungsrechte des Eigenthümers. VI. 12.

9. Von dem Horden- oder Hürdenschlage. VII. 18.

S. noch Gemeinheiten.

6. Dienste.

1. Baudienste und Haushaltsdienste. I. 42.

2. Die dienstpflichtigen Gutsleute sind nicht schuldig, in Person vom Hofe aus zu dienen. III. 58.

3. Von Erntediensten und Flachsdiensten. V. 44.

4. Von Forstdiensten. IV. 54.

5. Von Jagddiensten. V. 36.

6. In wieweit die Wegestunden in die Dienststunden der Frohnpflichtigen mit einzurechnen sind? VII. 109.

7. Der Dienstpflichtige muß die Ausnahme erweisen, die er von einer anerkannten Dienstpflicht machen will. VII. 64.

S. auch Oeffentliches Recht.

7. Zehnten.

1. Von dem Noval- Neubruch- und Rottzehnten. III. 33.

2. Ob Zehntpflichtige, welche den von ihnen zu gebenden Zehnten mit Gelde bezahlt haben, sich dadurch von der Naturalprästation desselben befreien können? III. 34.

3. Das Wahlrecht des Zehentherrn, welchem der Fleischzehnte zusteht, ist auf das von dem Zehntpflichtigen angekaufte Vieh nicht mit zu erstrecken. III. 35.

4. Von dem Bienenzehnten. VII. 123.

5. Von dem Kartoffelnzehnten. VII. 74.

6. Die behauptete Eigenschaft eines Sackzehnten muß von den Zehntpflichtigen erwiesen werden. VII. 43.

Fünfter Abschnitt.

Vom Pfandrechte.

Erster Absatz.

Pfand im eigentlichen Sinne.

Von Faustpfandsgläubigern. VII. 108.
Ueber die einzelnen Pfandrechte und deren Rang s. Concurs.

Zweiter Absatz.

Antichresis

1. Zinswucher in Antichresi expressa. VIII. a. 8.
2. Ueber den Pfandnutzungsvertrag auf den sogenannten Todtschlag. VIII. a. 25.

Dritter Absatz.

Hypotheken.

1. Hypotheken überhaupt.

* * *

2. General= und Specialhypothek.

* * *

3. Gesetzliche Hypothek.

* * *

4. Vertragsmäßige Hypothek.

Ein Pfandrecht kann durch gleichvielgeltende Worte beigelegt werden. II. 44.

a. Oeffentliche.

1. Ueber die Verhypothecirung bürgerlicher Grundstücke und die

Anmeldung der Hypotheken bei der Stadtobrigkeit. IV. 59.

2. Vorrang der öffentlichen und gerichtlichen vor den einfachen gesetzlichen Hypotheken. VI. 99.

3. Worauf hat der Richter bei Bestellung und Bestätigung der Hypotheken besonders zu achten? VIII. a. 35.

b. Den öffentlichen Gleichgestellte.

Von den Erfordernissen einer hypotheca quasi publica. VI. 71.

c. Privathypotheken.

1. Die von zwei Notarien verfertigten Unterpfandsbestätigungen verwandeln eine Privathypothek in keine hypothecam quasi publicam. I. 65.

2. Die von Amts- und Gerichtswegen confirmirten Schuld- und Pfandverschreibungen verwandeln eine Privathypothek nicht immer in eine öffentliche. II. 43.

Vierter Absatz.

Rechtsverhältniß zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner.

* * *

Vierter Haupttheil.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Vom Erbrecht im allgemeinen.

I. Erbschaftsantretung.

* * *

II. Rechswohlthat des Inventars.

1. Was für rechtliche Erfordernisse hat der anwesende Erbe zu beobachten, der eine, nicht mit Legaten und Fideicommissen beschwerte Erbschaft, nur cum beneficio inventarii antreten will? IV. 62.

2. Der Beneficialerbe verliert dadurch, daß der Notar bei Errichtung

des Güterverzeichnisses keine Zeugen gebraucht hat, die Rechtswohlthat des Inventarii nicht. IV. 77.

III. Erbtheilung.

Von der Theilung gemeinschaftlicher Erbschaftsstücke. V. 52.

IV. Collationsverpflichtung.

* * *

Zweiter Abschnitt.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

I. im allgemeinen.

* * *

II. Erbfolge der Verwandten.

1. Brautkinder sind für rechtmäßig und erbfähig zu halten. I. 27.
2. Ein streitiger Erbschaftsfall. IV. 28.
3. Von der Intestaterbfolge jüdischer Geschwister. V. 23.
4. Von der Succession in die Erbschaft eines Abwesenden. V. 48.

III. Erbfolge des armen Ehegatten.

1. Ueber das in der Novelle 53. Cap. 6. und Novelle 117. Cap. 5. gegründete Erbrecht der Wittwen an der Verlassenschaft ihrer Ehemänner. II. 40.

2. Berechnung der quartae conjugis inopis. II. 41.

3. In wieweit hat die Eigenschaft der Intestaterben, mit welchen die arme Wittwe concurrirt, auf die Größe der Portion Einfluß, welche sie aus des verstorbenen Mannes Erbschaft empfängt? VI. 88.

4. Einige Bemerkungen über die sogenannte Succession der dürftigen Ehefrau. VIII. b. 13.

IV. Statutarische Erbfolge.

1. Ob das Successionsrecht des Bräutigams oder der Braut von der priesterlichen Copulation abhängt? II. 28.

2. Erbfolge der Ehegatten. Regulirung derselben nach den Gesetzen des Wohnorts bei dem Mangel errichteter Ehepacten. VI. 24.

3. Von dem Erbfolgerechte nach den Stader Statuten. VII. 35.

4. Von der Erbfolge des überlebenden Ehegatten im Amte Zeven, Herzogthums Bremen. VII. 32.

5. Von der Erbfolge in die freien aber schatz= und meierpflichtigen Höfe, nach den Rechten des Fürstenthums Osnabrück. VII. 39.

V. Erbfolge unehelicher Kinder.

*   *   *

VI. Erbfolge des Fiscus.

Von dem Rechte einiger Guts= und Gerichtsherrn im Herzogthum Bremen, die von den in ihrer Gutsherrschaft und Gerichtsbarkeit ohne Leibeserben verstorbenen Frauenspersonen nachgelaßne Gnade zu ziehen. II. 4.

VII. Erbfolge in Stammgüter.

Renunciation der Töchter auf die väterliche Erbschaft. II. 58.

VIII. Erbfolge in Meiergüter.

1. Von der Unzulässigkeit der Erbfolge der nicht von dem ersten Erwerber abstammenden Verwandten in die Meiergüter des Fürstenthums Lüneburg. II. 33.

2. Ein Fall aus dem Fürstenthum Lüneburg, in welchem das Successionsrecht des präsumtiven Anerben einer Meierstelle, durch die, wegen willkührlicher Abwesenheit vernachlässigte Anmeldung zur wirklichen Bemeierung verloren ging. IV. 9.

3. Ueber das Erbrecht der Kinder des Anerben, nach der Meierverfassung des Fürstenthums Lüneburg. V. 43.

4. Von der Succession nach Minoratrechte in den Meiergütern des Fürstenthums Grubenhagen. VI. 66.

5. Von der Erbfolge des weiblichen Geschlechts in die Meier= und Colonatgüter und deren Besitznahme durch Beheirathung. Rückfall des Meierguts an die Frau, wenn die Ehe wegen Ehebruchs des Mannes geschieden wurde. VII. 40.

6. Von der Beerbung eines vor dem wirklichen Antritte der Meierstelle verstorbenen Anerben. VII. 54.

7. In den Bremischen Meiergütern hat der Vater das Recht, den Anerben zu bestimmen. VI. 94.

8. Von der Befugniß der Hildesheimischen Gutsherrn, unter den Kindern eines zu wählen, welches das Meiergut haben soll. VI. 85.

IX. Erbfolge im Lehn.

1. Von der Erbfolgeunfähigkeit der per subsequens matrimonium legitimirten Söhne in die Lehen des Fürstenthums Lüneburg. VI. 2.

2. Sind nach den Gesetzen des Herzogthums Braunschweig Wolfenbüttel die in der Ehe, aber zu früh geborenen Söhne lehnssuccessionsfähig oder nicht? VI. 3.

3. Von dem Verluste des Successionsrechts der in den Lehnbriefen übergangenen Agnaten. VII. 113.

4. Von der Lehnssuccession entfernter Agnaten des Lehnsbesitzers. VII. 60.

X. Erbfolge in Bergtheile.

* * *

Dritter Abschnitt.

Von der testamentarischen Erbfolge.

Erster Absatz.

Im allgemeinen.

1. Fähigkeit zu testiren.

1. Jemandem, der durch Anfälle vom Schlage, nicht articulirt reden und durch Lähmung der Hand nicht schreiben konnte, wird die facultas testandi verwilligt. V. 32.

2. Inwiefern können Personen, die in Rücksicht auf gewisse Gegenstände wahnsinnig sind, Testamente errichten und Rechtsgeschäfte gültig eingehen? VI. 50.

2. Fähigkeit, eingesetzt zu werden.

Verrückten oder Blödsinnigen Personen kann gültig etwas vermacht werden. IV. 61.

3.

3. Fähigkeit des Gegenstandes, vermacht zu werden.

Der Vater ist nicht befugt, über ein feudum antiquum zu disponiren, dasselbe auch zu ungleichen Theilen unter die Söhne zu vertheilen u. s. w. VI. 96.

Zweiter Absatz.

Von den innerlichen Förmlichkeiten der Testamente.

1. Erbeseinsetzung.

* * *

S. gleich unten Nullitätsquerel.

2. Pflichttheil.

Von den Beklagten, wider welche die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils anzustellen ist. VI. 25.

3. Präterition.

* * *

4. Enterbung.

* * *

5. Querela inofficiosi testamenti.

Wider geschwächte oder geschwängerte Frauenspersonen findet die Querela inofficiosi testamenti nicht statt. V. 10.

6. Nullitätsquerel.

Eine durch Bitten und Ueberredung erwirkte Erbeseinsetzung ist nicht für ungültig zu halten. IV. 27.

Dritter Absatz.

Von den äußern Förmlichkeiten der Testamente.

1. Oeffentliches und gerichtliches Testament.

1. Der von einem abgeordneten Amts- oder Gerichtsauditor aufge-

nommene letzte Willen ist für kein rechtsgültiges gerichtliches Testament zu achten. VII. 28.

2. Ein aus dem Gerichte zurückgenommenes Testament wird durch das bloße Factum der Zurücknahme nicht unkräftig. VII. 82.

3. Dem Richter des Wohnsitzes eines Verstorbenen gebührt die Aufbewahrung und die Sorge für die Vollziehung des von demselben bei einem andern Gerichte deponirten Testaments. VII. 115.

2. Feierliches Privattestament.

* * *

3. Mündliches Testament.

* * *

4. Soldatentestament.

* * *

5. Testament der Aeltern unter den Kindern.

Ueber die Aufhebung und Abänderung eines unter den Kindern errichteten älterlichen Testaments durch eine spätere testamentarische Disposition. III. 18.

Vierter Absatz.

Von Vollstreckung der Testamente.

* * *

Fünfter Absatz.

Von Substitutionen.

* * *

Sechster Absatz.

Von Legaten.

1. Von bedingten und unbedingten Vermächtnissen. V. 3.
2. Vasa Murrhina ad L. 3. §. 4. D. de suppell. legat. I. 16.

Siebenter Absatz.

Von Fideicommissen.

Ueber die dem fiduciarischen Erben auferlegte Restitution von dem was zur Zeit seines Todes übrig seyn wird. V. 50.

Vierter Abschnitt.

Von der vertragsmäßigen Erbfolge.

Die gemeinschaftlich errichtete Disposition, wodurch zwei Personen sich ein gegenseitiges Erbrecht zugesichert haben, kann von einem Theile zum Nachtheile des andern nicht einseitig abgeändert oder wiederaufgehoben werden. IV. 29.

S. noch Ehestiftungen.

Fünfter Haupttheil.

Obligationen = Recht.

Erster Abschnitt.

Von contractlichen Verhältnissen.

Erster Absatz.

Von contractlichen Verhältnissen im allgemeinen.

1. Die Einrede des nicht erfüllten Contracts. I. 23.
2. Die fehlende Einwilligung des Promittenten in die geschehene Acceptation berechtigt denselben nicht, von seinem Versprechen zurückzugehen. IV. 3.
3. Von der Wirkung des Mantelgriffs bei Contracten unter den Juden. VI. 44.
4. Ein Pactum de non mutando testamento ist nicht rechtsgültig. VI. 79.

Zweiter Absatz.

Von den Förmlichkeiten der Contracte.

1. Von der obrigkeitlichen Bestätigung der Verträge nach den Braunschweig Lüneburgischen Verordnungen. IV. 83.

2. Ueber die gerichtliche Anmeldung und Bestätigung der Pachtcontracte. VIII. a. 29.

Dritter Absatz.

Von der Uebertragung der contractlichen Verhältnisse.

1. Delegation und Novation.

Ueber den Beweis des animi novandi. VII. 14.

2. Cession.

1. Es ist aus den besondern Umständen zu beurtheilen, ob ein unbestimmtes Evictionsversprechen den Cedenten in die Verbindlichkeit setzt, für die Güte der abgetretenen Schuld zu haften. VI. 26.

2. Der Cessionar kann wegen einer ihm abgetretenen Forderung von den hypothekarischen Gläubigern seines Cedenten nicht in Anspruch genommen werden. VI. 98.

3. Im Zweifel vermuthet man eher für eine bloße Anweisung als Cession: Verbindlichkeit des Angewiesenen. VII. 36.

4. Die Cession einer Schuldforderung faßt die darin bestellte Hypothek in sich. VII. 63.

5. Von bedingten und eventuellen Cessionen der zur Caution gestellten Schuld- und Pfandverschreibungen. VII. 97.

6. Der Verkäufer einer Obligation haftet nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. IV. 39.

7. Bei der Anwendung des Anastasianischen Gesetzes kömmt es nicht darauf an, daß der Käufer oder Cessionar, den Verkäufer oder Cedenten zur Convention verleitet habe und die abgetretene Forderung zweifelhaft sey. IV. 40.

8. Das Anastasianische Gesetz findet auf solche Schuldscheine keine Anwendung, welche auf jeden Inhaber (au porteur) lauten. VIII. b. 7.

Vierter Absatz.

Von Tilgung contractlicher Verhältnisse.

1. Zahlung.

* * *

2. Compensation.

* * *

Fünfter Absatz.

Von Zinsen.

Wer höhere Zinsen als 5 Pr. Ct. gutwillig bezahlt, kann das Uebermaß derselben, nach den Lüneburgischen Stadtgesetzen nicht zurückfordern. IV. 41.

Zweiter Abschnitt.

Von den einzelnen Contracten selbst.

Erster Absatz.

Von Real-Contracten.

1. Darlehnscontract.

1. Bemerkungen über die exceptio non numeratae pecuniae, zum §. 5. 6. des Justizreglements von 1718. I. 2.

2. Von der Zulässigkeit des Senatusconsulti Macedoniani. VIII. a. 12.

2. Leihcontract.

* * *

Zweiter Absatz.

Von Consensual-Contracten.

1. Kauf.

a. Im allgemeinen.

1. Bei einem bedungenen Vorkauf oder Näherrecht ist die Erfüllung aller Kaufbedingungen, die ein anderer übernehmen will, eben so wenig wesentlich erforderlich, als die Erlegung des Kaufpreises, welchen ein dritter Käufer zu geben bereit ist. III. 31.

2. Ueber Waarenofferten unter Kauf- und Handelsleuten. VI. 8.

3. In wiefern kann ein Verkäufer, der Credit gegeben hat, eine nicht bedungene Caution vor der Uebergabe der verkauften Sache verlangen? V. 6.

4. Von der Wirkung des vorbehaltenen Eigenthums an der verkauften Sache, wenn über des Käufers Vermögen Concurs ausgebrochen ist. VII. 22.

5. Der über ein Haus abgeschlossene, Kauf-Mieth-Tausch-Contract kann aufgehoben werden, wenn dasselbe von Wanzen inficirt ist. VII. 87.

6. Die Veräußerung einer im Proceß befangenen Sache ist in den hiesigen Landen als erlaubt anzusehen. VIII. b. 9.

b. Versteigerung.

1. Von der Sicherheitsbestellung der Licitanten. VI. 68.

2. Gerichtliche Subhastationen von Immobilien und Grundgerechtigkeiten. VI. 68.

3. Die Versteigerung, welche vom Güterpfleger im Concurse nachgesucht wird, muß bei dem Richter der belegenen Sache vorgenommen werden. I. 62.

2. Pacht und Miethe.

a. im allgemeinen.

1. Der alte Pächter eines Cammerguts hat ein Vorzugsrecht vor dem anderweiten neuen Pächter. III. 30.

2. Ist der Miethsmann eines ganzen Hauses von den Verpflegungskosten, welche die Einquartirung fremder oder feindlicher Truppen veranlaßt hat; freizusprechen? VI. 17.

Siehe Kauf.

b. Verding.

1. Einiges über die Rechtsverhältnisse der Baumeister. VI. 20.

2. Bemerkungen über den Entreprisecontract. IV. 15.

c. Dienstcontract.

aa. im allgemeinen.

1. Ein Dienstherr ist nicht immer verbunden, den Schaden zu ersetzen, welcher aus den Vergehungen des Gesindes in Dienstgeschäften erwächst. I. 21.

2. Ueber die Verpflichtung des Dienstherrn in Rücksicht des Lohns

und der Kost gegen den unzeitig entlassenen Dienstboten. I. 25.

3. Die Dienstherrschaft darf ihre Domestiken weder züchtigen, noch mit Schimpf- oder Schmähworten belegen. VII. 37.

4. Die Dienstherrschaft ist von der Bezahlung der Waaren oder Sachen freizusprechen, welche die Dienstboten wider Wissen und Willen derselben ausgenommen haben. II. 51.

bb. Staatsdienst und dergleichen.

1. Von der Verbindlichkeit der Churbraunschweigischen Beamten, denen die Führung des Amtsregisters übertragen ist, für die in diese Register fließenden Hebungen einzustehen. I. 9.

2. Der Gerichtsherr ist nicht immer verbunden, den Schaden zu ersetzen, welchen sein Beamter bei Ausübung der Rechtspflege, durch Vorsatz, Unachtsamkeit, Unaufmerksamkeit, Uebereilung oder Nachlässigkeit verursacht hat. IV. 50.

3. Von der Verbindlichkeit eines Gerichtsherrn, für die Handlungen oder Unterlassungen seines Gerichtshalters subsidiarisch zu haften. VIII. a. 4.

3. Gesellschaftsvertrag.

* * *

4. Mandat.

1. Von der Verbindlichkeit eines Rechnungsführers, für die Restanten zu haften. V. 11.

2. Von der Verbindlichkeit der Gutsbesitzer, für die Handlungen ihrer Oeconomieverwalter zu haften. VI. 38.

3. Der Mandant ist befugt, die von seinem Mandatar an einen dritten, auftragswidrig übertragenen Vermögenstheile zurückzufordern. VI. 86.

Dritter Absatz.

Von ungenannten Contracten.

1. Schenkung.

a. unter den Lebendigen.

1. Bei der Ermäßigung der Gültigkeit einer Schenkung in Hinsicht auf deren Acceptation kommen die jedesmal eintretenden Umstände und die aus denselben erwachsenden Vermuthungen in Betracht. III. 39.

2. Widerruf einer Schenkung ob supervenientiam liberorum. VI. 92.

3. Der Vorbehalt des Nießbrauchs an der verschenkten Sache hat mit der sofortigen Tradition derselben gleiche Wirkung. VII. 10.

4. Ist dem Mandatar die Substitutionsbefugniß ausdrücklich eingeräumt, so kann der Substituirte auch nach dessen Tode die Geschäftsführung gültiger Weise betreiben. VIII. b. 15.

b. auf den Todesfall

* * *

2. Trödelvertrag.

* * *

3. Intercession und Bürgschaft.

1. Der für einen Rechnungsführer eingetretene Bürge ist von der übernommenen Zahlungsverbindlichkeit frei zu sprechen, wenn der Gläubiger oder Cassenherr bei der Oberaufsicht über den Rechnungsführer sich eine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen. II. 10.

2. Wer sich für einen Andern unbedingt zur Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit verbürgt hat, kann sich nicht einseitig und außergerichtlich von der Bürgschaft lossagen. II. 11.

3. Ein Bürgschaftsfall, wobei der Satz, daß jede Bürgschaft strenge zu erklären, geprüft wird. III. 13.

4. Von der obrigkeitlichen Bestätigung übernommener Bürgschaften. IV. 33.

5. Von den Bürgschaften der Militairpersonen. IV. 34.

6. Ein Beispiel, wo dem beneficio excussionis stillschweigend entsagt ist. IV. 36

7. Der Gläubiger braucht seinem Bürgen nicht früher die Klage abzutreten, als bis er völlig befriedigt ist. V. 42.

8. Die bloße Versicherung, daß ein Geldanlehn sicher sey, enthält keine Bürgschaftsübernahme. VII. 17.

9. Von den Bürgschaften der Bauern. VII. 93.

10. Die Entsagung der Anth. Si qua mulier an Eidesstatt ist eben so verbindlich als die Renunciation durch einen förmlichen Eid. I. 33.

11. Ob eine intercedirende Frauensperson, welche zwar allen Einreden, aber dem beneficio SC. Vellejani nicht namentlich entsagt hat, von dieser Rechtswohlthat, wenn sie zur Zeit der Intercession schon hinlänglich Kenntniß davon hatte, Gebrauch machen kann? IV. 35.

4.

4. Spiel und Wette.

1. Wenn jemand Lotterieloose annimmt, und bei sich behält, die ihm ohne sein Verlangen von einem Lotteriecollecteur zugesandt sind, so macht er sich dadurch stillschweigend verbindlich, den Preis des Einsatzes auf jeden Fall zu bezahlen. II. 46.

2. Ueber einige bei dem Lotteriewesen vorkommenden Rechtsverhältnisse V. 28.

3. Von der Rechtsverbindlichkeit der Wetten. VII. 129.

5. Vergleich.

In wiefern kann ein Transigent, der seiner Seits den Transact erfüllt hat, von der Vereinbarung zurücktreten, und dieselbe einseitig um deswillen aufrufen, weil der Gegentheil der Bedingungen nicht zur gehörigen Zeit Genüge geleistet hat? IV. 6.

6. Compromiß.

* * *

Vierter Absatz.

Von deutschrechtlichen Contracten.

1. Leibrentencontract.

* * *

2. Assecuranzcontract.

Feuerschäden, welche aus Kriegsraison entstanden sind, und deren Vergütung aus Brandversicherungsanstalten. VII. 106.

3. Speditionscontract.

Von den Rechten und Verbindlichkeiten der Spediteure und von Speditionsgeschäften. IV. 78.

4. Wechselcontract.

Einige Bemerkungen aus dem Wechselrechte. V. 2.

Dritter Abschnitt.

Von andern obligatorischen Verhältnisssen.

Erster Absatz.

Aus dem Aquilischen Gesetz und ähnlichen Verpflichtungen.

Von der Verbindlichkeit der Feldmark- und Weideinteressenten im Fürstenthume Lüneburg, wenn Feuer in der Heide oder Holzung entstanden ist, entweder den Thäter auszumitteln oder für den daraus entstandenen Schaden zu haften. VI. 74.

2. Von der actio de pauperie und den durch Hausthiere verursachten Schaden. VII. 83.

3. Von der actione subsidiaria in factum de damno culpa lata, welche wider einen Richter oder Beamten wegen Confirmation eines Contracts, eine Verpfändung oder Verbürgung von demjenigen angestellt wird, der dabei in der Folge seine Sicherheit nicht findet. III. 41. S. noch Syndicatsklage.

4. Die Ortschaften und Gemeinden in den Herzogthümern Bremen und Verden sind der Regel nach nicht verbunden, wenn in denen, ihnen benachbarten, herrschaftlichen Forsten Holz entwendet wird, entweder den Thäter auszumitteln, oder für die angesetzte Bruchstrafe zu haften; jedoch ist diese Verbindlichkeit in einigen Orten durch ein besonderes Herkommen begründet. I. 30.

5. Ueber das nach einem Heid- oder Waldbrande stattfindende Proceßverfahren. VIII. a. 31.

Zweiter Absatz.

Von der Negotiorum gestio.

* * *

Dritter Absatz.

Aus dem Receptum.

1. Von der Verbindlichkeit eines Gastwirths, bei welchem Fremde für eine bestimmte Summe zur Wohnung und Beköstigung einlogirt sind, für deren Effecten zu haften. V. 46.

2. Von der Ausdehnung der Verbindlichkeit ex recepto auf die Unternehmer und Administratoren der Packhäuser oder Waarenniederlagen. VI. 46.

Vierter Absatz.

Von dem Rhodischen Gesetz de jactu.

* * *

Fünfter Absatz.

Von Condictionen.

Ist ein nachgesetzter Gläubiger, der vor einem, ihm prälocirten Creditor vom Concurscurator befriedigt ist, dem letztern das Empfangene herauszugeben schuldig? VI. 75.

B.

Oeffentliches Recht.

Erster Haupttheil.

Staatsrecht.

Erster Abschnitt.

Von der Verbindlichkeit des Regierungsnachfolgers, die Handlungen seiner Vorfahren anzuerkennen.

* * *

Zweiter Abschnitt.

Von dem Erbfolgerecht in den deutschen Staaten.

* * *

Dritter Abschnitt.

Von den Landständen.

* * *

Zweiter Haupttheil.

Regierungsrecht.

Erster Abschnitt.

Von dem Regierungsrecht im allgemeinen.

Erster Absatz.

Von der gesetzgebenden Gewalt.

1. überhaupt.

* * *

2. Privilegien.

Der Landesherr ist nicht einseitig befugt, einem Unterthan die Freiheit von stehenden öffentlichen Abgaben auf die Weise zu verleihen, daß dadurch die Mitunterthanen und Mitcontribuenten, mehr als vorhin beschwert werden. III. 10.

3. Retorsion.

* * *

Zweiter Absatz.

Von der Oberaufsehenden Gewalt.

* * *

Dritter Absatz.

Von der vollziehenden Gewalt.

* * *

Vierter Absatz.

Von der begnadigenden Gewalt.

Ueber die Provocation der Verbrecher auf die Gnade des Königs. I. 72.

Zweiter Abschnitt.

Von den einzelnen Regierungsrechten im Besondern.

Erster Absatz.

Von dem Kirchenrechte.

1. Kirchengewalt.

* * *

2. Religionsübung.

* * *

3. Domcapitel, Praebenden.

* * *

4. Consistorien und geistliche Gerichte.

Ueber das Verhältniß der königlichen Consistorien in kirchlichen Regierungs- Verwaltungs und eigentlichen gerichtlichen Consistorialsachen zu den übrigen Gerichtsstellen. VI. 56.

5. Partonatrecht.

Der Patron eines beneficii kann gegen seinen Willen nicht gerichtlich angehalten werden, den Consens zur Resignation zu ertheilen und die Präsentation auf den Resignatarium zu richten. I. 5.

6. Parochialgrenzen.

* * *

7. Prediger und Schullehrer.

1. Von der Verbindlichkeit der Prediger und Schuldiener zum Beitrage des Hirtenlohns. V. 47.

2. Von den sogenannten Pröven, welche an Schinken und Schultern der Geistlichkeit zu entrichten sind. VII. 124.

3. Von dem den Landschullehrern zu entrichtendem Schulgelde. VI. 70.

4. Vom Schulzwange. VIII. a. 28.

S. noch Eid, Zeugenbeweis. 8.

8. Kirchen und geistliche Gebäude.

1. Von dem Eigenthum der protestantischen Kirchengebäude, und über die Frage: ob und in wie weit die Einwilligung protestantischer Eingepfarrten zu den an der Kirche vorzunehmenden Bauten und Besserungen erforderlich ist? I. 58.

2. Geistliche Gebäude. I. 59.

3. Ueber den Grundsatz des Beitrags zur Erbauung und Reparation der Pfarr- Schul- und anderer geistlichen Gebäude. I. 60.

4. Der Bau einer verfallenen Patronatkirche und die Vertheilung der Kirchenstände ist, der Regel nach, der Direction des Patrons unterworfen. III. 46.

5. Ueber die Beiträge zu den bei Kirchen- Pfarr- und Schulgebäuden erforderlichen Baukosten, nach hiesigen Landesgesetzen. IV. 18.

6. Inwiefern die Häuslinge zum Bau und zur Unterhaltung der geistlichen Gebäude beitragen müssen. IV. 19.

7. Zur Erlangung einer Immunität von Gemeinheitskosten, imgleichen von den Anlagen und Naturaldiensten, behuf der Erbau- und Unterhaltung der Kirchen und sonstigen geistlichen Gebäude, ist der Beweis einer qualificirten Verjährung nicht erforderlich. V. 119.

8. Von den rechtlichen Verhältnissen, welche regelmäßig zwischen Mutter- und Tochterkirchen, und nicht unirten Kirchen statt finden; imgleichen von der Befreiung der Concurrenz zu den Parochiallasten der Kirchengemeinden unter sich, durch Verjährung. VIII. a. 38.

9. Kirchenstühle, Kirchhöfe, Glocken und Gebäude.

* * *

10. Kirchenorgeln.

Von dem Bau und Unterhaltung der Kirchenorgeln. VIII. a. 7.

Zweiter Absatz.

Cameral- und Finanzrecht.

1. Besteuerungsrecht.

a. im allgemeinen.

1. Von den Licent- und Accisegerichten im Fürstenthum Lüneburg. III. 8.

2. Ueber die Frage: ob den Licentrecepturen in dem Fürstenthum Calenberg, wegen des rückständigen Licents ein gesetzliches mit einem besondern Vorzuge verbundenes Pfandrecht an den sämmtlichen Gütern desjenigen zusteht, der den Licent zu bezahlen schuldig ist? III. 9.

b. Dienste.

1. Von Gefangenwachen. VI. 93.

2. Was sind Burgfesten? und was für Arten der Dienste gehören zu denselben? I. 22.

3. Ueber den Grund der Landfolgedienste. I. 22.

2. Schutz- und Schirmrecht.

* * *

3. Nachsteuer und Abzugsrecht.

* * *

4. Cammergüter.

1. Uncultivirte Plätze und Gegenden im Fürstenthum Lüneburg sind nicht ohne Unterschied Eigenthum des Landesherrn. II. 27.

2. Ueber die rechtlichen Ansprüche auf das Eigenthum uncultivirter Gemeinheiten und verlassener Aecker und Wiesen. VIII. a. 6.

6. Regalien.

a. Hoheitsgefälle.

* * *

b. Zollregal.

1. Zollfreiheit der Stadt Stade. III. 74.

2. Von der Bedeutung des in einem alten Privilegio, wegen der Zollfreiheit vorkommenden Ausdrucks Annona. III. 75.

3. Der Wehrzoll kann nur von denjenigen gefordert werden, welche die Hauptzollstätte zu passiren verbunden sind. IV. 20.

c. Bergwerksregal.

* Ueber die Befugniß zur Anlegung eines Ziegelofens. V. 39.

d. Münzregal.

* * *

Dritter Absatz.

Vom Policeirechte.

1. im allgemeinen.

1. Von der Untersuchung und Bestrafung wrogenmäßiger Vergehen canzleisässiger Personen. V. 15.

2. Die Appellationen und Recurse, welche gegen Erkenntnisse der Patrimonialgerichte in Wrogensachen ergriffen werden, sind bei der Justizcanzlei anzubringen und gehören zu deren Competenz. VIII. a. 1.

2. Wasserpolicei.

a. überhaupt.

1. Ueber den Unterschied, das Eigenthum und das Benutzungsrecht der verschiedenen Arten des fließenden Wassers. I. 3.

2. Ueber die Anlage von Wasserleitungen und Abzugscanälen. VII. 88.

3. Benutzung eines Quellwassers. VII. 65.

4. Flößrecht, Fährrecht. VI. 83.

5. Von der Befugniß der freien Stadt Bremen, den Weserstrom mit Tonnen und Baaken zu versehen, und dafür das Tonnen und Baakengeld zu heben. I. 1.

b. Deichpflicht.

1. Einige Beiträge zum Deichrechte. II. 1. III. 1.
2. Defensionswerke und Uferbau. V. 51.
3. Von den Deichrollen und Deichregistern. VI. 82.

4. Von der Erhaltung und Wiederherstellung der zur Sicherheit der Deiche nothwendigen Grund- und Defensionswerke. VIII. a. 33.

3. Forst- und Jagdpolicey.

* * *

S. Holzgerechtigkeit, Jagdgerechtigkeit.

4. Straßenpolicey.

* * *

5. Handwerkspolicey.

1. Von der Berechtigung der Krämer mit fertiger Schusterarbeit zu handeln. I. 17.
2. Von der Verpflichtung dritter Personen gegen Gewerbsgesellschaften. VI. 62.
3 Die Herrschaft kann durch ihren Domestiken Zunftwaaren zum eigenem Gebrauch verfertigen lassen, und die Innungen sind nicht befugt, solches zu untersagen. VII. 121.

6. Bevölkerungspolicey.

1. Ein Rechtsfall, der die Verpflichtungen ganzer Gemeinden in den Herzogthümern Bremen und Verden zu der subsidiarischen Unterhaltung armer, elternloser, unehlicher Kinder betrifft. III. 24.
2. Gegen die Verfügungen der Policeybehörden zum einstweiligen Unterhalt verarmter hülfloser Personen, finden keine Rechtsmittel statt. VI. 28.

7. Sicherheitspolicey.

* * *

8. Gesundheitspolicey.

* * *

5. Sittenpolicey.

* * *

Vierter Absatz.

Vom Militairrechte.

* * *

Fünfter Absatz.

Vom Criminalrechte.

I. Von Verbrechen und Strafen im allgemeinen.

1. Verbrechen.

Von der Strafbarkeit der Nichthinderung eines Verbrechens. VII. 76.

2. Strafen.

a. überhaupt

Auslieferung der Verbrecher. VIII. a. 9.

b. Strafwandlung, Strafarten, Milderungsgründe.

* * *

II. Von den einzelnen Verbrechen und deren Bestrafung.

A. Gemeine Verbrechen.

a. Oeffentliche.

aa. Staatsverbrechen im eigentlichen Sinne.

Hoch- und Landesverrath.

* * *

bb. Regierungsverbrechen.

1. Münzverbrechen.

* * *

2. Verletzung der Urphede.

Wie ein Inquisit zu bestrafen, der sich weigert, die Urphede wirklich abzuleisten? I. 49.

3. Selbsthülfe.

Ueber die Strafbarkeit unbefugter Aufforderungen in Zeitungen und Intelligenzblättern. IV. 14.

b. Privatverbrechen.

aa. gegen das Leben.

1. Tödtung.

* * *

2. Verwandten- und Gattenmord.

* * *

3. Kindsmord.

* * *

4. Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt.

Von der Strafe der verheimlichten Schwangerschaft und Geburt. VI. 89.

5. Kinderaussetzung.

* * *

6. Selbstmord.

* * *

7. Giftmord.

* * *

bb. Gegen die Gesundheit und sonstige Mißhandlungen gegen die Person.

1. Körperverletzung.

* * *

2. Nothzucht.

* * *

cc. Gegen die Ehre.

1. Injurien.

1. Von der Befugniß des Oberappellationsgerichts zu Celle, die

demselben zugefügten Verunglimpfungen und Injurien selbst zu ahnden. II. 21.

2. Ueber eine angebliche, von einem Richter bei Verwaltung seines Amts zugefügte Injurie. II. 30.

3. Die Einrede der Wahrheit findet bei Injurienklagen nicht statt, wenn die Klage auf eigentliche, von dem Beklagten gebrauchte Scheltworte, Schimpfreden u. s. w. gegründet war. III. 11.

4. In wiefern dürfen die in Injuriensachen ergangenen Erkenntnisse durch den Druck öffentlich bekannt gemacht werden? VI. 43.

5. Von den öffentlichen Strafen und Privatansprüchen, welchen Partheien, Procuratoren und Advocaten sich aussetzen, welche vor Gericht unanständig reden, schreiben, verunglimpfen, injuriiren. VII. 34.

2. Störung des Gottesdienstes.

Von dem Verbrechen des gestörten Gottesdienstes. I. 6.

dd. Gegen das Vermögen.

1. Diebstahl.

a. im allgemeinen.

Die eidliche Bestärkung des Corporis delicti bei einem Diebstahle braucht nicht in Gegenwart des Inquisiten zu geschehen. I. 26.

b. Besondere Arten des Diebstahls.

aa. großer Diebstahl.

* * *

bb. Diebstahl durch Einbruch.

* * *

cc. Wiederholter, besonders dritter Diebstahl.

1. Von der Beschaffenheit des erduldeten Strafübels bei der Bestrafung des dritten Diebstahls. VII. 77.

dd. Kameradendiebstahl.

Vom Kameradendiebstahl. I. 20.

ee. Hausdiebstahl.

* * *

ff. Pferdediebstahl.

1. Es gereicht einem Diebe nicht zur Strafmilderung, wenn er Pferde aus einem unverschlossenen Stalle gestohlen hat. II. 36.

2. Von der Strafe des Pferdediebstahls. VII. 69.

gg. Diebstahl bei Feuersnoth.

Von der Bestrafung des Diebstahls, der bei einer entstandenen Feuersnoth begangen wird. I. 79.

hh. Felddiebstahl.

Von dem Felddiebstahle. II. 47.

ii. Viehdiebstahl.

* * *

kk. Diebstahl an Erzen auf dem Harz.

* * *

ll. Holzdiebstahl.

Vom Holzdiebstahl und dessen Bestrafung. I. 13.

mm. Wilddiebstahl.

1. Die Forst- und Jagdbedienten, welche einen Wilddieb zur Anzeige und Bestrafung bringen, empfangen eine angemessene Belohnung. II. 12.

2. Wilddiebstahl. Confiscation des Gewehrs. VII. 9.

nn. Fischdiebstahl.

Vom Fischdiebstahl. I. 18.

oo. Verwandtendiebstahl.

Die Vorschrift des Artikels 165 der P. G. O. findet auf Stiefverwandte keine Anwendung. VII. 99.

2. Unterschlagung.

* * *

3. Raub.

* * *

ee. Gegen die Familienrechte.

1. Ehebruch.

Von der Bestrafung des einfachen Ehebruchs im Fürstenthume Lüneburg. I. 53.

2. Bigamie.

* * *

ff. Gegen die Sittlichkeit.

1. Schwängerung.

Ueber die Bestrafung der drei- und mehrmal eingetretenen Schwängerung. II. 22.

2. Blutschande.

* * *

gg. Gegen Treu und Glauben.

1. Bankerott.

Von der Bestrafung betrügerischer, muthwilliger, fahrlässiger und unbesonnener Bankerottirer. VII. 130.

2. Betrug.

* * *

3. Meineid.

* * *

B. Dienstverbrechen.

1. Bestechung.

Falsche Berichte. Bestechung. VII. 70.

2. Veruntreuung der Cassenbediente.

Von der Strafe ungetreuer Rechnungsbeamten. VII. 71.

Sechster Absatz.

Von dem Proceßrechte

I. Gerichtsverfassung.

A. Gerichtsbarkeit.

a. im allgemeinen.

1. Von der Gerichtsverfassung im Lande Hadeln. II. 2.

2. Von der Jurisdiction über die Magistratsmitglieder der vormaligen Amtssässigen Städte. VIII. a. 19.

b. Prorogation derselben.

Die Rechte des Patrimonialrichters dürfen durch Prorogation der Jurisdiction nicht gefährdet werden. IV. 79.

B. Besondere Arten der Gerichte.

a. außerordentliche.

aa. Militairgerichte.

* * *

bb. Lehngerichte.

* * *

cc. Geistliche Gerichte.

* * *

S. Consistorien.

dd. Berggerichte.

* * *

ee. Gerichtsbarkeit des Rabbiners.

* * *

ff. Steuergerichte.

* * *

S. auch Besteuerungsrecht.

b. ordentliche.

aa. In Bezug auf den Umfang ihrer Competenz.

1. Civilgerichte.

* * *

2. Criminalgerichte.

* * *

bb. In Bezug auf die Instanzen.

1. Obergerichte.

a. im allgemeinen.

Von der Strafandrohung unter der Clausel: bei unbeliebiger Verfügung. VIII., a. 15.

b. Besondere Arten derselben.

aa. Oberappellationsgericht.

* * *

S. Injurien.

bb. Hofgerichte.

* * *

cc. Justizcanzleyen.

Von der Berichtserstattung des Magistrats in Lüneburg an die Cellische Justizcanzley in Criminalsachen. V. 13.
S. Policeyrecht (im allgemeinen)

dd. Pupillencollegien.

2. Untergerichte.

a. im allgemeinen.

Von der Berichtserstattung der Untergerichte an die obersten Justizhöfe in Regierungs= Cammer= und Policeyangelegenheiten. I. 7.
S. noch unten Requisitionsschreiben.

b. Besondere Arten derselben.

aa. königliche Aemter.

* * *

bb. Patrimonialgerichte.

aaa. im allgemeinen.

Ein Patrimonialgerichtsherr darf sich nicht in die gerichtlichen Verfügungen mischen, welche dem beeidigten Gerichtshalter übertragen sind. II. 29.
S. noch Gerichtsbarkeit, (Prorogation) Appellation.

bbb. adelige.

* * *

ccc. Stadtgerichte.

1. Von dem Gastgerichte der Stadt Stade. II. 3.
2. Verschiedenes über die Gerichtsbarkeit des Magistrats der Stadt Stade. IV. 75.
3. Vom vormaligen Wachgericht in der Altstadt Hannover. VII. 24.
4. Der Magistrat der Stadt Dannenberg ist befugt, die in seiner Gerichtsbarkeit vorfallenden geringern Verbrechen, besonders die geringern Diebstähle ohne Zuziehung des dortigen Amts zu untersuchen und zu bestrafen. II. 31.

ddd. Fleckens= Gemeinheits= und andere specielle Gerichte.

Von der jurisdictio communitatis. I. 43.
S. auch Bauern.

II. Civilproceß.

A. Subject des Processes.

a. Richter.

aa. Rechte und Befugnisse desselben.

1. Inwiefern die Beamten Commissionsgebühren in Cammerproceßsachen fordern können? I. 80.

2. In wiefern ein Commissarius an auswärtige, seinen Committenten nicht unterworfene Gerichte unmittelbar Ersuchungsschreiben ablassen kann? II. 38.

3. Wenn auf einen Rath der obern Justizcollegien in einer Rechtssache eine Commission erkannt wird, so hat der Secretair, in dessen Expedition sich die Sache befindet, kein Recht, zu verlangen, daß der Commissarius ihn und keinen andern zur Führung der Commissionsprotocolle gebrauche. III. 70.

4. Inwiefern auf Secretarien der Justizcollegien Commissionen erkannt werden können? III. 71.

bb. Recusation des Richters und Syndicatsklage.

1. Um zum juramento perhorescentiae zugelassen zu werden, braucht der Schwörende weder besondere Verdachtsgründe gegen den Richter anzuführen, noch zu erweisen. II. 19.

2. Ueber die Verurtheilung zum Schadenersatz. VI. 61

3. In wie weit ist der Richter zur Satisfaction verpflichtet, der unrechtmäßiger Weise Arrest oder Concurs erkannt hat? VIII. a. 11.

4. In wie weit ist der Richter für seine Urtheilssprüche oder sonstigen Amtsgeschäfte verantwortlich und zum Schadensersatz verpflichtet? VIII. a. 36.

S. noch Aquilisches Gesetz.

b. Partheien.

aa. Gerichtsstand derselben.

1. überhaupt.

1. Die aus dem Meiercontracte entspringenden Klagen der Pfarr- und Kirchenmeier gegen ihre Gutsherrschaft, sind in dem Fürstenthum Lüneburg in erster Instanz bei dem Consistorio anzubringen. IV. 12.

2. Von den Klagen gegen Kirchen, Pfarren und Schulen. VII. 119.

3. In dem Fürstenthume Lüneburg sind die Häuslinge, welche in-

nerhalb des Hofesbezirks eines mit keiner Gerichtsbarkeit versehenen adeligen Guts wohnen, in Civilsachen nicht der Gerichtsbarkeit des Amts, in dessen Districte das Gut belegen ist, unterworfen, sondern es stehen dieselben unter dem Gerichtsstande des Gutsbesitzers. III. 51.

2. Privilegiirter Gerichtsstand.

a. Forum militare.

1. Von dem Foro der in Pension stehenden Oberofficiere, welche neben der Beibehaltung ihrer Pension in Civildienste getreten sind. I. 31.
2. Von dem Foro militare. I. 32.

b. Forum civile.

1. Catalogus der Personen, welche in prima instantia in Personalsachen unter den höhern Cellischen Landesgerichten stehen. I. 28.
2. Den Witwen und Kindern der verstorbenen Mitglieder des O. A. Gerichts stehen, ohne alle Rücksicht auf ihren Wohnort innerhalb der Churlande, so lange die Witwen sich nicht wieder verheirathen, und die Kinder durch veränderte Verhältnisse kein anderes besonderes Forum erhalten, in persönlichen Klagen unter der Gerichtsbarkeit des höchsten Tribunals. III. 60.
3. Der in den Braunschweigischen Landen den wirklichen landesherrlichen Bedienten beigelegte befreiete persönliche Gerichtsstand erster Instanz unter den höhern Justizcollegien, erstreckt sich, der Regel nach, auch auf die sogenannten Titulirten, oder die, nicht zur wirklichen Dienstleistung angestellten, sondern nur mit Titeln versehenen Diener. IV. 73.

3. Gewöhnlicher Gerichtsstand.

a. Forum domicilii.

Von dem persönlichen Gerichtsstande der Pächter adelig freier canzleisässiger Güter und deren Hausgenossen. V. 14.

b. Forum rei sitae.

Auch dingliche Klagen, welche gegen die Mitglieder des O. A. Gerichts gerichtet sind, können, wenn der Beklagte nichts dagegen einwendet, bei dem höchsten Tribunal angebracht und entschieden werden. VI. 52.

c. Forum hereditatis.

* * *

d. Forum continentiae causarum.

* * *

e. Forum contractus.

* * *

b. Rechte und Befugnisse derselben.

* Legitimation zur Sache.

* * *

c. Nebenpersonen im Proceß.

aa. Advocaten.

1. Das Recht, die Manualacten zurückzubehalten, hört auf, wenn der Concurs über des Clienten Vermögen erkannt ist. I. 70.

2. Ob ein Rechtsgelehrter jüdischer Nation nach gemeinen und hiesigen Landesgesetzen zur Advocatur zugelassen werden könne? III. 80.

3. Ob ein Gerichtshalter in derselben Sache, worin er als Richter ein Erkenntniß abgegeben hat, in den höhern Instanzen dem Appellaten als Advocat bedient seyn kann? IV. 51.

4. Von der Suspension und Remotion der Advocaten und den Strafen, welche gegen sie erkannt werden. VI. 47.

5. Von der Prävarication der Rechtsfreunde. VI. 48.

6. Vom Palmario. VII. 52.

7. Von der Vollstreckung der wider Sachwalter erkannten Remotionen und Suspensionen. VII. 117.

8. In gerichtlichen Sachen, welche unmittelbar bei Königl. Justizcanzlei verhandelt werden, dürfen die Advocaten ohne Beiseyn der Partheien selbst, oder der Procuratoren nicht erscheinen. I. 78.

S. auch Injurien.

bb. Procuratoren.

1. Der von mehreren Streitgenossen angenommene und gehörig mit Vollmacht versehene Procurator kann jeden einzelnen derselben, welchen er will, auf das Ganze seiner Procuraturforderung belangen. I. 73.

2. Procuratoren dürfen keine Hülfsgelder bei den Aemtern und Gerichten erlegen, wenn sie ihre Auslagen von den Partheien nicht erhalten können. I. 75.

3. In den Sachen, welche die Bestellung der Vormünder und deren

Rechnungsablage betreffen, können die Procuratoren weder eine arrham noch ein salarium annuum fordern. I. 76.

4. In Rechtssachen, welche commissarisch behandelt werden, können Advocaten und andere Personen, welchen kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, auch ohne Beistand eines der ordentlichen Canzleiprocuratoren, für abwesende Gläubiger und Partheien auftreten. I. 77.

S. Advocaten, Verjährung.

cc. Notarien.

* * *

dd. Gerichtsboten.

* * *

B. Object des Processes.

Unterschied zwischen Regierungs- und Justizsachen.

1. Nicht in allen Fällen kann der Landesherr vor seinen eigenen Gerichten belangt werden. I. 46.

2. Die Entscheidung der Frage: ob dem von königl. Cammer abgemeierten Gutsmann ein jus retentionis am Hofe zustehe? gehört nicht vor die Justizcollegien. I. 51.

3. In Landesöconomieangelegenheiten ist die Cognition der Landesgerichte ausdrücklich aufgehoben. II. 16.

4. Die Entscheidung der Streitigkeiten, welche dadurch veranlaßt werden, daß ein Guts- und Gerichtsherr auf eine, übrigens gesetzmäßige Weise, Anbauer ansetzt, gehört nicht vor die Gerichtshöfe. II. 17.

5. Wegen der Abmeierung und Besetzung der zu dem Dome in Bremen und Verden gehörenden sogenannten Structurmeierstellen ist ein gerichtliches Verfahren ausgeschlossen. II. 62.

6. Ueber einige Fälle, in welchen, nach den Churbraunschw. Landesgesetzen kein processualisches Verfahren vor den höhern Justizbehörden, in der Regel statt findet. IV. 24.

7. Die Absonderung des trennbaren Allodii auf den unter der Gutsherrschaft königlicher Cammer stehenden Höfen; imgleichen die Erörterung der Frage: ob derselben über einen Hof die Gutsherrschaft zukömmt? gehört vor die Justizhöfe. IV. 60.

8. Streitigkeiten zwischen dem landesherrlichen Fiscus und den Municipalstädten über die Succession in erblosen Verlassenschaften, gehören zur Entscheidung der Landesgerichte. VI. 91.

C. Rechtsverfolgung.

a. im allgemeinen.

aa. Verbot der Selbsthülfe.

* * *

bb. Art des Verfahrens.

Von den Wirkungen der Litisrenuntiation. VIII. a. 16.

cc. Gerichtskosten.

1. Die Liedlöhner- und Dienstbotensachen der Juden sind gleichfalls von Gerichtssporteln frei. I. 19.
2. Eine Parthei, welche zum Kostenersatze verurtheilt ist, aber aus Unvermögen nicht bezahlen kann, darf deswegen, auf den Antrag ihres Gegners nicht körperlich bestraft werden. IV. 49.
3. Vom Armenrechte. VIII. a. 22.

S. Richter.

b. Thätigkeit des Richters.

aa. im allgemeinen.

1. Von der Retradition der ad acta befindlichen Originalschuldverschreibungen. I. 35.
3. Vom Durchgriff des Richters in Partheisachen. VI. 59.
4. Minima non curat Praetor. VII. 62.

bb. Protocolle.

S. Richter.

cc. Erkenntnisse.

1. Ueber das Erkenntniß, welches auf eine, nach dem Actenschlusse eingebrachte Schrift abzugeben ist. III. 68.
2. Erkenntnisse, welche ein unbeeidigter Gerichtsverwalter abgegeben hat, sind in der Regel null und nichtig. IV. 52.
3. Darf der Richter niemals ultra petita partium erkennen? III. 44.

dd. Requisitions- und Subsidialschreiben.

1. In den Chur Hannoverschen Landen können die Untergerichte die

Obergerichte einer andern Provinz, in Rechtssachen unmittelbar zu requiriren. III. 77.

2. Ueber die Befugniß eines durch Compaß und Hülfsschreiben requirirten Gerichts, wegen der demselben in Betreff der Rechtmäßigkeit und Stattnehmigkeit der Requisition aufstoßenden Bedenklichkeiten, die nachgesuchte Rechtshülfe von Amtswegen, entweder vorerst oder ganz zu verweigern. IV. 23.

3. Die Obergerichte sind nicht verpflichtet, die Untergerichte einer andern Landesprovinz in Rechtssachen, unmittelbar zu requiriren. VIII. a. 17.

ee. Actenversendung.

Versendung der Acten an die nächsten Beamten. I. 8.

ff. Edictalladungen.

1. Des höchste Tribunal erkennt aus dem Grunde, weil der Erblasser in verschiedenen Landesprovinzen canzleisässige Güter besessen hat, keine Edictalcitation. III. 62.

2. Von den Wirkungen der Edictalladung und Präclusion. VIII. a. 30.

c. Thätigkeit der Partheien.

aa. Beobachtung der Fristen und Termine.

1. Von der Verbindlichkeit der Partheien, zu den in Civilrechtssachen zu dem Versuche eines Vergleichs und zum mündlichen Verhör angesetzten Termine, in Person zu erscheinen. IV. 81.

2. Von der Kostenerstattung versäumter Termine. VII. 30.

bb. Folgen der Vernachlässigung derselben, Rechtskraft.

* * *

cc. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eingetretene Rechtskraft. VI. 9.

2. Von der Restitution wider ein, nach abgestattetem Eide ausgesprochenes Erkenntniß wegen neu aufgefundener Urkunden. VI. 10.

D. Zwischenhandlungen in Bezug auf das Verfahren.

a. Litisdenuntiation.

* * *

b. Intervention.

Vom Interventionsrechte des Gemeinschuldners. VIII. a. 10.

E. Ordentlicher Proceß.

a. Erstes Verfahren.

aa. Klage.

1. Von den Klagen der Meier= und Gutsleute und dem dabei stattfindenden Interesse der Gutsherrschaft. IV. 13.
2. Ein Kläger kann nicht gezwungen werden, seine Klage wider mehrere Personen als Streitgenossen anzustellen. VI. 80.

bb. Exceptionsverhandlung, Replik.

Von der Regel: Actor replicando fit reus, und der Edition der Handelsbücher. VI. 19.

b. Beweisführung.

aa. im allgemeinen.

1. Von dem Beweise, welcher über verschiedene Alternativen nachgelassen ist. III. 78.
2. Ueber die Antretungsfrist des Gegenbeweises. VI. 23.
3. Alternative Beweise. VI. 36.
4. Ueber unerhebliche oder überflüssige Beweisauflagen. VI. 37.
5. Von dem Beweise der Verneinungen. VII. 57.
6. Von der Zulässigkeit aequipollenter Beweisführungen. VII. 56.
7. Ueber die gesetzliche Regel: Testes et documenta per productionem fiunt communia. VII. 101.
8. Von der Erweiterung des Beweissatzes auf neue Umstände und Uebergehung erheblicher Thatsachen in demselben. VII. 126.
9. Kann der Beweisführer, wenn er den Beweis eines einzelnen Klagegrunds unter mehreren angetreten, und denselben nicht geführt hat, von den aus dem Gegenbeweise erhellenden, für ihn vortheilhaften Thatsachen, Gebrauch machen, um durch dieselben, einen der übrigen Klagründe, deren Beweis er nicht antrat, darzuthun? VIII. b. 5.
10. Ueber die Befugniß des Producenten, andere Beweismittel in die Stelle verlorengegangener zu setzen. VIII. b. 6.

bb.

bb. Geständniß.

1. Wer eine Rechnung ohne Widerrede annimmt, und darauf abschlägliche Zahlung leistet, begiebt sich dadurch keineswegs seiner Einreden wider die Richtigkeit der einzelnen Ansätze. IV. 16.

2. Wenn jemand Geld zahlt, um eine gerichtliche Klage, womit er bedroht wird, von sich abzuwenden, so liegt hierin keineswegs ein unbedingtes Zugeständniß des Klaggrunds seines Gegners. IV. 17.

3. Qualificirtes Geständniß. VII. 100.

cc. Urkundenbeweis.

1. Erb= Saal= und Lagerbücher müssen edirt werden. I. 19.

2. Von der Agnition oder Diffession der zum Beweise beigebrachten Privaturkunde. I. 24.

3. Von dem Nutzen der Denkmünzen bei dem Beweise in Rechtsstreitigkeiten. I. 44.

4. Von der Beweiskraft der Handelsbücher. III. 26.

5. Ob den archivalischen Copeien Glaubwürdigkeit beizulegen sey? III. 42.

6. Lagerbücher und Dienstregister. V. 38.

7. Von den Forstregistern und in wie fern deren Edition von den Unterthanen gefordert werden kann. VII. 44.

8. Geschäftsbriefe muß der Beklagte dem Kläger ediren. VII. 61.

9. In wie weit dürfen alte aufgefundene Proceßacten bei der Decision eines pendenten Processes gebraucht, und wie weit dürfen überhaupt Hülfsacten dabei benutzt werden? VII. 85.

10. Von der Regel: Referens absque relato nil probat. VIII. a. 20.

dd. Zeugenbeweis.

1. Verschiedenes über die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen im Beweiserfahren. I. 47. VI. 64.

2. Einem Zeugen steht frei, wenn er schon aus dem Gerichte weggegangen, und der Zeugenrotulus bereits verschlossen ist, hernachmals noch seine Aussage zu ändern, zu verbessern und zu widerrufen. I. 48.

3. Auch Minderjährige sind, nach bereits eröffneten Zeugenverhören in der Appellationsinstanz zu keinem neuen Zeugenbeweise über denselben Gegenstand zuzulassen. II. 22.

4. Die Beweisartikel und Fragestücke dürfen den Zeugen vor der Abhörung nicht mitgetheilt werden. II. 53.

5. Von der Zulässigkeit der Additionalzeugen nach dem Ablaufe des

Beweistermins, jedoch vor Eröffnung der aufgenommenen Verhöre des ersten Zeugen. IV. 44.

6. Von dem Zeugnisse der Geschwister. IV. 45.

7. Ein vor dem incompetenten Richter oder Notar aufgenommenes summarisches Zeugenverhör hat beweisende Kraft, wenn durch die Schuld des Producenten die förmliche Abhörung der Zeugen vor dem ordentlichen Richter verhindert ist, und selbige dadurch nachher für den Producenten verloren gegangen sind. IV. 46.

8. Von der Zulässigkeit des Verfassers einer Urkunde zum Zeugniß. IV. 47.

9. Aeltern sind in Rechtssachen ihrer Kinder mit Fremden, der Regel nach, unzulässige Zeugen. V. 12.

10. Von dem Zeugnisse der Prediger in Pfarr- und Kirchensachen. V. 40.

11. Von der Zulässigkeit eines neuen Zeugenbeweises in der Appellationsinstanz, nach eröffnetem Zeugenverhör. VI. 16.

12. Darf der Gegenbeweisführer unter den Reprobatorialartikeln für denselben Zeugen, auch solche aufnehmen, welche denen direct entgegen sind, worüber er als Beweiszeuge vernommen werden soll? VII. 73.

13. Zeugenschaft der Aeltern in Ehesachen ihrer Kinder. VII. 20.

14. Das in einer Criminalsache aufgenommene eidliche Zeugenverhör dient in der Civilsache zu keinem Beweismittel. VI. 73.

ee. Beweis durch Sachverständige.

1. Gutachten der Sachverständigen. VII. 11.

2. Wiederholungen der Beweisführungen durch Kunst- und Sachverständige, Augenschein und Schätzungen. VII. 12.

ff. Beweis durch Eid.

1. Die Zuschiebung des Haupteids, wenn der nachgelassene Beweis durch Zeugen nicht hinlänglich geführt ist, muß binnen zehn Tagen nach dem eröffneten Erkenntnisse geschehen. I. 57.

2. Ob den Beamten in Cammer- oder Amtsprocessen der Haupteid deferirt werden könne. II. 13.

3. Der Cammeranwald ist, wenn derselbe einen Eid deferirt hat, so wenig, wie jeder Andere von der verlangten vorgängigen Ableistung des juramenti malitiae specialis befreit. II. 14.

4. Von der Nothwendigkeit der Warnung des Meineids bei Abstattung eines juramenti assertorii. II. 15.

5. Ueber die bei Eingehung eines Vertrages zwar nicht ausgedrückte,

aber stillschweigend gehegte Absicht findet die Zuschiebung des Eides statt. II. 52.

6. In wie fern ein angenommener Eid durch den Tod dessen, der ihn leisten soll, für geschworen gehalten werden kann? III. 20.

7. Von der Eidesleistung ganzer Gemeinden und Corporationen. III. 21.

8. Wenn ein Ehegatte den andern beschuldigt, etwas von dem Seinigen entwendet zu haben, so hat darüber die Eidesdelation statt. III. 29.

9. Minderjährige und diejenigen, welche mit ihnen gleiche Rechte haben, können einen deferirten und vom Gegentheile acceptirten Eid bis zur wirklichen Eidesleistung widerrufen und statt derselben andere Beweismittel gebrauchen. III. 39.

10. Von dem juramento in litem et quantitatis. V. 4.

11. Ueber die Abstattung eines einer Gemeinde vom Richter auferlegten Eides. V. 9.

12. Dem Prediger kann in Streitigkeiten über die Pfarreinkünfte und Gerechtigkeiten kein Eid deferirt werden. V. 45.

13. Ueber das juramentum credulitatis. VI. 21.

14. Eide der Juden. VI. 51.

15. Vom Gebrauche der Eidesdelation nach verfehltem Zeugenbeweise. VI. 69.

16. Von der Gewissensvertretung. VII. 89.

c. Verfahren in der Instanz der Rechtsmittel.

aa. im allgemeinen.

1. Von den wider die Erkenntnisse des O. A. Gerichts zustehenden Rechtsmitteln. I. 45.

2. Ueber das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi. VIII. b. 10.

bb. Appellation.

1. Ueber die Appellationen von den Verfügungen der Regierung zu Stade an das O. A. Gericht. I. 54.

2. Ob Appellationen von den Erkenntnissen des Königl. Hofmarschallamts zu Hannover an das O. A. Gericht stattnehmig sind? I. 55.

3. Fatale notificandae appellationis. I. 56.

4. Von den Verfügungen und Erkenntnissen des Generalkriegsgerichts kann nicht an das O. A. Gericht appellirt oder recurrirt werden. II. 18.

5. Bei mehreren gravaminibus kömmt es nicht bei jedem einzelnen auf das Daseyn der Appellationssummen an. II. 28.

6. Von der bei den Appellationen von den Erkenntnissen des Obergerichts der Stadt Lüneburg an die höhern Justizcollegien erforderlichen Summe. III. 59.

7. Von den Nothfristen oder Fatalien in den Ehesachen, welche an das O. A. Gericht gebracht werden. III. 61.

8. Schon die Erwählung der Supplication oder Läuterung benimmt einer Parthei das Recht, sich nachmals der Appellation zu bedienen. III. 65.

9. Die Appellation kann unmittelbar bei dem höchsten Tribunal interponirt werden. III. 66.

10. Wider den Verlauf der Nothfristen bei der Appellation kann nur der Oberrichter die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilen. III. 67.

11. Von den Verfügungen des Consistorii in Schulsachen findet keine Appellation an das Tribunal statt. III. 72.

12. Von den Entscheidungen des Generalkriegsgerichts in Civilsachen, insoweit solche zur Competenz desselben gehören, findet keine Appellation an das Tribunal statt. III. 73.

13. Von der Appellationssumme, welche bei den Appellationen von den Erkenntnissen der Kriegsgerichtscommission zu Hannover, an das höchste Tribunal erforderlich ist. IV. 21.

14. Inwiefern der Recurs an das höchste Tribunal statt findet, wenn das remedium restitutionis in integrum oder die querela nullitatis bei den Mittelgerichten bereits gebraucht ist? IV. 22.

15. Das fatale prosequendae appellationis kann durch Uebereinkunft der Partheien verlängert werden. IV. 30.

16. Ueber das Verfahren bei Appellationen von den Erkenntnissen des in gewissen Fällen aus Churbraunschweigschen und Churhessischen Obrigkeiten zusammengesetzten Gerichts judicii mixti. IV. 74.

17. Von den Appellationen von den Strafurtheilen der Patrimonial-Criminal-Gerichte an die Justizcanzleien. VI. 4.

18. In Spolien- und andern Sachen, welche den jüngsten Besitz betreffen, findet keine Appellation statt. VI. 87.

19. Ob die Appellation von dem Erkenntnisse eines Commissarius ausschließlich an die Committenten zu richten sey? VIII. b. 18.

S. auch Policeirecht (im allgemeinen.)

bb. Läuterung und Supplication.

* * *

cc. Remedium restitutionis in integrum.

* * *

S. noch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

dd. Nullitätsquerel.

1. Auch nach dem Gebrauche des remedii restitutionis in integrum ist in gewissen Fällen die Querela nullitatis zulässig. III. 63.
2. Von den Erkenntnissen des Cellischen O. A. Gerichts in Bremen und Verdenschen Rechtssachen, findet die Nichtigkeitsbeschwerde an die höchsten Reichsgerichte nicht statt. II. 79.
3. Von der Restitution wider die versäumte Nothfrist der Nichtigkeitsquerel. VI. 95.
4. Von den Fällen, in welchen die Querela nullitatis suspensive Wirkung hat. Zur O. A. G. O. Th. II. tit. 14. §. 4. VIII. a. 5.
5. Gegen Senatsbescheide und Emendationsrescripte des O. A. Gerichts hat die Querela nullitatis nicht statt. VI. 57.
6. Die Querela nullitatis findet auch gegen Senatsbescheide des Oberappellationsgerichts statt. VIII. b. 19.

d. Executionsverfahren.

1. Von den gerichtlichen Arresten und Immissionen auf Besoldungen und Pensionen. VII. 118.
2. Von dem beneficium taxationis et adjudicationis. IV. 26.

F. Summarischer Proceß.

a. Spolienklage.

* * *

b. Possessorium summariissimum.

Notariatszeugenverhöre sind in possessorio summariissimo nicht durchgehends zulässig. III. 55.

c. Possessorium ordinarium.

* * *

d. Mandatsproceß.

Die Einrede der Erschleichung gegen ein unbedingtes Mandat läßt

sich nicht in der Form einer Berufung an den Oberrichter vorschützen. VIII. b. 16.

e. Provocationsproceß.

Eingeschränkter Gebrauch der sogenannten Provocatio ex lege diffamari. IV. 6.

f. Executionsproceß.

1. Aus klaren Brief und Siegeln kann nicht allemal executivisch geklagt werden. II. 48.
2. Liquide und illiquide Forderungen im ordentlichen Verfahren und im Executivprocesse. VII. 8.
3. Der Beklagte darf seine Einreden im Executivprocesse durch Eidesdelation sogleich liquide machen. VII. 9.

g. Arrestproceß.

1. Von Arresten. IV. 37.
2. Competenz des Arrestrichters in der Hauptsache. VII. 13.

h. Concursproceß.

aa. Verhütungsmittel desselben. Nachlaß- und Anstandsregulative.

1. Ein terminlicher Abtrag der Schulden kann durch die mehrsten Stimmen der Gläubiger, nach dem Belange der Forderungen gerechnet, bewilligt werden. I. 63.
2. Sicherstellung der Masse bei angetragenen gerichtlichen Regulativen. VI. 55.
3. Ein hypothecarischer Gläubiger ist zu keinem Nachlasse an seiner Forderung verbunden. VII. 104.
4. In wie weit hören durch den Ausbruch des Concurses die Wirkungen und Folgen eines vorhin zwischen Schuldner und Gläubiger errichteten Regulativs auf? VII. 107.

bb. Eröffnung des Concurses und deren Folgen.

1. Was ein Concursgläubiger, während des Concurses aus der Masse genossen oder erhoben hat, ist zuvörderst auf das Capital abzunehmen. I. 71.
2. Ein Beneficialerbe kann die Eröffnung eines förmlichen Concursprocesses nicht verhindern. III. 14.

3. Von der Wirkung der Stimmenmehrheit der Gläubiger im Concurse. VI. 72.

4. Nach entstandenem Concurse kann ein Gläubiger die aufgewandten Kosten nicht erstattet verlangen. I. 64.

S. Intervention.

cc. Güterpfleger, dessen Rechte und Pflichten.

1. Das Salarium eines Curatoris bonorum kann herabgesetzt werden, wenn sich seine Bemühungen vermindern. I. 66.

2. Ein curator bonorum muß von den Concursgeldern Zinsen bezahlen, wenn er für deren sichere zinsbare Belegung nicht gesorgt hat. I. 67.

3. Ein Güterpfleger muß bei der Auszahlung der Concursgelder vorsichtig verfahren, und keine Ueberzahlung veranlassen. III. 37.

4. Ein Curator bonorum prästirt culpam levem. VIII. a. 37.

dd. Manifestationseid.

Eine Witwe kann von den Erben ihres verstorbenen Ehemannes nicht zur Ableistung des Manifestationseides angehalten werden, wenn über die Verlassenschaft des Verstorbenen bald nach dem Todestage ein Inventarium errichtet ist. III. 40.

ee. Actio Pauliana.

Zur Begründung der Paulianischen Klage ist der dolus debitoris nicht allein hinlänglich. VII. 84.

ff. Rangbestimmung der Gläubiger.

α. im allgemeinen.

1. Ueber die Ausführung des Vorzugsrechts nach eröffneter Prioritätssentenz. I. 69.

2. Von der Wirkung eines die Locationssentenz abändernden Erkenntnisses, in Hinsicht auf die streitenden Theile sowohl, als die, in der Mitte stehenden, unbeunruhigt gebliebenen Mitgläubiger. IV. 32.

β. Einzelne Classen der Gläubiger.

1. Separatisten.

1. Von dem Vorzugs- und Absonderungsrechte bergrechtlich versicherter Gläubiger. III. 19.

2. Das Separationsrecht eines Gläubigers, der früher eine rechtsgültige Hypothek auf ein Object gehabt hat, ehe es in die Hände des Gemeinschuldners gekommen ist. VI. 39.

3. Der Separatist ex jure crediti geht dem Gläubiger vor, welcher in refectionem aedium dem Gemeinschuldner Geld gebracht hat. VI. 40.

4. Ueber das jus separationis der hypothecarischen Erbschaftsgläubiger. VII. 53.

5. Von den Handelsgläubigern eines Kaufmanns, welcher verschiedene Handlungen separat betrieben hat. VII. 105.

6. Ueber das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen, insbesondere über die Frage: ob demjenigen, welchem der zu den Gütern des Gemeinschuldners gehörige Vermögenstheil früher rechtmäßig verpfändet war, bevor er von dem Gemeinschuldner titulo singulari erworben worden ist, ein solches Separationsrecht zustehe? VIII. b. 1.

2. Absolut privilegiirte Gläubiger.

αα. Leichenkosten.

Ob die Trauerkleider unter die Leichenkosten gehören? III. 36.

ββ. Kosten der letzten Krankheit.

* * *

γγ. Liedlohn.

In wie fern sind die Copialien dem Liedlohn beizuzählen? I. 68.

δδ. Steuern und Abgaben.

Von dem Vorzuge der Brandcassengelder im Concurse. II. 42.
S. auch Besteuerungsrecht.

3. Relativ privilegiirte Gläubiger.

αα. Debitum primipilare.

Von dem debito primipilari. VIII. a. 27.

ββ. Privilegium dotis.

1. Vom Heirathsgute und dem Vorzuge desselben vor andern privilegiirten Forderungen im Concurse. VI. 76.

2. Von dem Verluste der Brautschatzprivilegien, wenn die Ehefrau

durch

durch üppiges und verschwenderisches Leben den Vermögensverfall ihres Ehemanns veranlaßt hat. VII. 94.

S. noch Dos.

γγ. Privilegium fisci.

Hypothek des Fiscus an den nach dem Contracte erworbenen Gütern des Schuldners. VII. 95.

δδ. Privilegium rei creditae in restitutionem aedium.

1. Wer zur Ausbesserung eines Gebäudes Geld hergeliehen, braucht nicht über das ganze Detail der Verwendung strengen Beweis zu führen. IV. 80.

2. Den Handwerksleuten, welche Behuf Herstellung oder Ausbesserung eines Hauses Arbeitslohn creditirt, oder Materialien dazu auf Borg geliefert haben, wird das Legalpfand und der Vorzug abgesprochen. VIII. a. 26.

εε. Privilegium pecuniae ad rem emendam creditae.

Das Privilegium pecuniae ad rem emendam creditae ist nicht bloß auf Grundstücke einzuschränken, sondern auch auf unbewegliche Sachen anderer Art auszudehnen. VI. 78.

ζζ. Privilegium hypothecae reservatae.

* * *

ηη. Privilegium piorum corporum.

* * *

ϑϑ. Privilegium pecuniae hereditariae.

* * *

4. Hypothecarische Gläubiger.

αα. Im allgemeinen.

1. Vorrang der öffentlichen und gerichtlichen vor den einfachen gesetzlichen Hypotheken. VI. 96.

2. Von den Faustpfandgläubigern. VII. 108.

ββ. Hypotheca tacita paraphernalium.

In Ansehung der Morgengabe kömmt der Ehefrau an des Mannes Gütern, weder nach gemeinen noch Landesrechten ein stillschweigendes Pfandrecht zu. II. 45.

γγ. Hypotheca tacita in invectis et illatis.

Gesetzliches Pfandrecht des Verpächters eines Landguts. VII. 6.

δδ. Hypotheca tacita pupillorum in bonis tutorum.

* * *

εε. Hypotheca tacita ratione bonorum maternorum.

Von welcher Zeit fängt das stillschweigende Pfandrecht der Kinder in den Gütern des Vaters, in Rücksicht der von ihm verwalteten bonorum maternorum et materni generis an? IV. 72.

ζζ. Hypotheca procuratorum judicialium.

Von der Classification der Procuraturforderungen im Concurse. VI. 53.

5. Gläubiger, welche ein privilegium exigendi personale haben.

* * *

III. Criminalproceß.

A. Gericht.

a. Competenz der Criminalgerichte.

Von der Competenz der Strafgerichtsbarkeit durch Praevention und deren Wirkung VII. 58.

b. Besetzung des Gerichts.

Die wichtigern Criminalverhöre müssen in Gegenwart zweier Beamten vorgenommen werden. VII. 23.

B. Untersuchungsverfahren.

a. Auf Denunciation.

Ueber officielle Denuntiationen. VI. 45.

b. Von Amtswegen.

Mißbrauch richterlicher Gewalt in Criminalsachen und dessen Bestrafung. VI. 63.

C. Beweisverfahren.

a. Geständniß.

* * *

b. Tortur.

Ueber die Juristische Glaubwürdigkeit eines durch die Folter oder Bedrohung mit derselben bewirkten Geständnisses. VI. 27.

c. Indicienbeweis.

* * *

d. Zeugenbeweis.

* * *

D. Vertheidigungsverfahren.

1. Von der Einsicht der Criminalacten. I. 29.
2. Verbindlichkeit der Advocaten, die Inquisiten zu vertheidigen. VI. 85.

E. Erkenntniß.

Erkenntnisse in Strafsachen. Ergreifung der Rechtsmittel gegen dergleichen Erkenntnisse. VII. 3.

F. Verfahren in der Instanz der Rechtsmittel.

a. Revision.

Von der Rechtswohlthat der Revision in peinlichen Fällen. VI. 56.

b. Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde.

1. In Injuriensachen findet wider die Erkenntnisse und Verfügungen der Aemter und Untergerichte in den Herzogthümern Bremen und Verden zwar keine Appellation statt, jedoch ist dadurch die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn dieselbe begründet werden kann, keineswegs ausgeschlossen. III. 12.

2. Von der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde, welche in Criminalsachen an das höchste Tribunal gelangen. III. 64.

3. Ueber die Appellation von den Strafurtheilen der Patrimonial-Criminal-Gerichte an die Justizcanzleien. VI. 4.

c. Rechtsmittel der weitern Vertheidigung.

* * *

II. Sachregister zum achten Bande der practischen Erörterungen.*)

A.

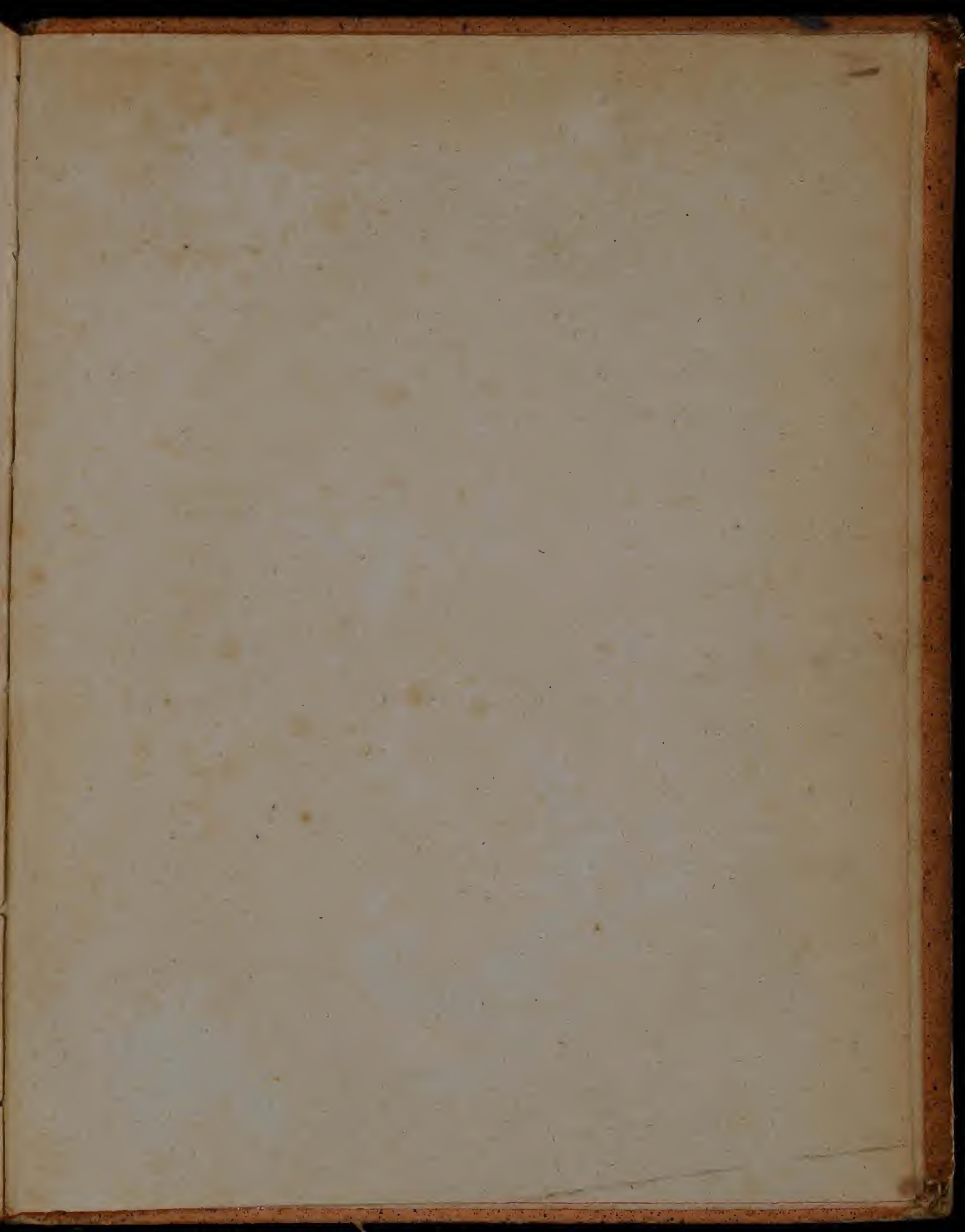
B.

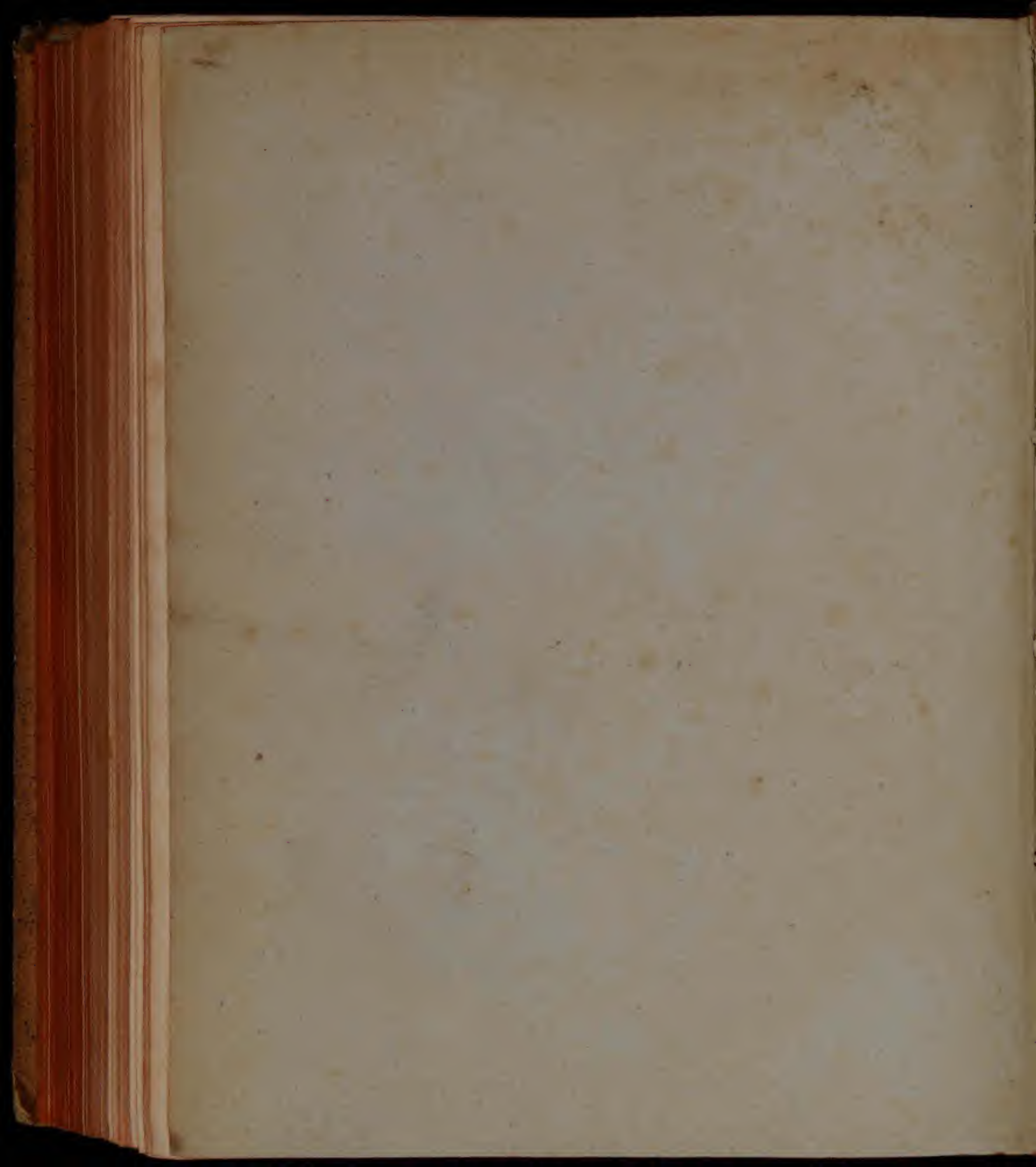
*) Der Buchstab a. bedeutet die erste, b. die zweite Abtheilung des achten Bandes, und die Zahl, die Seitenzahl jeder Abtheilung.

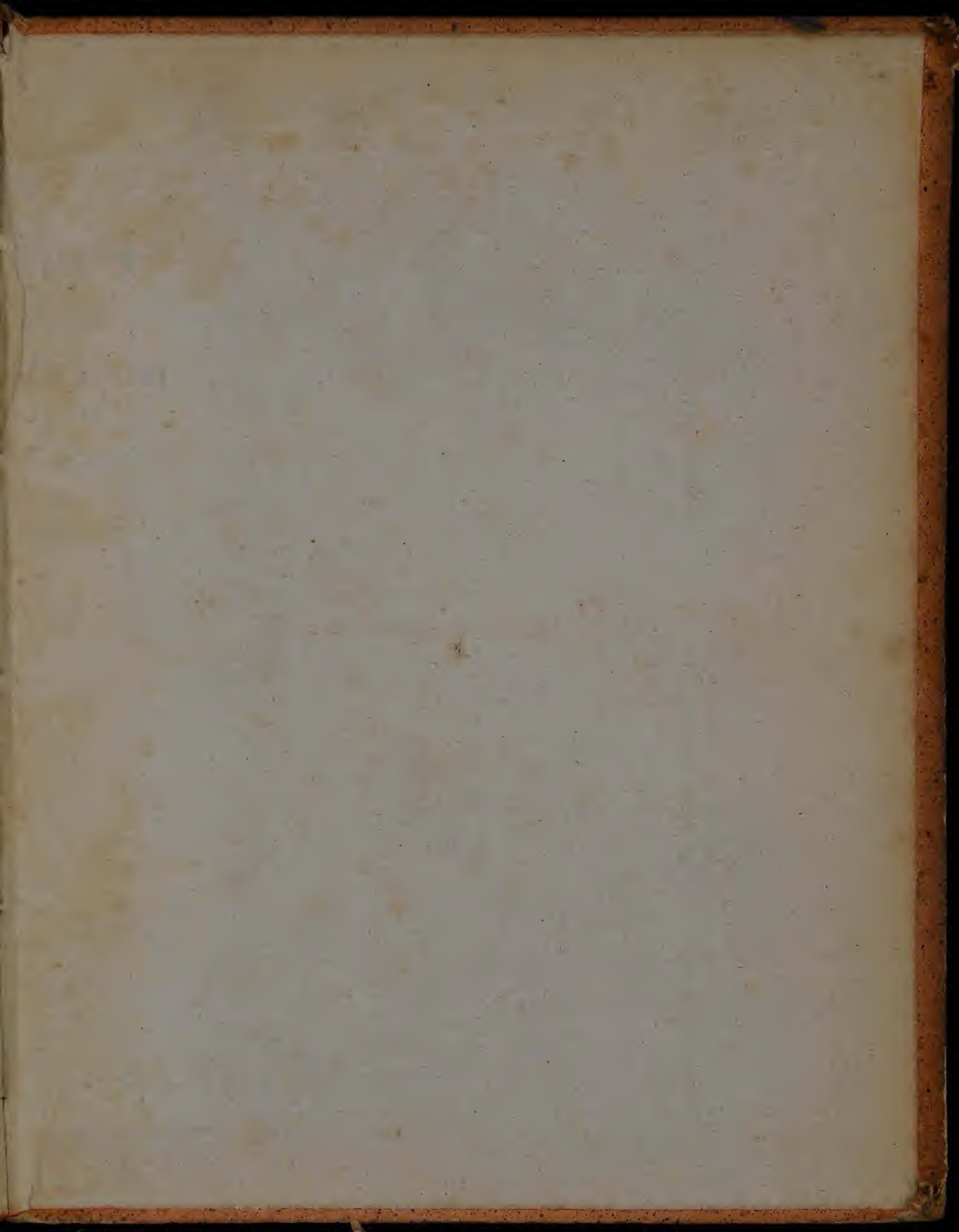
R.

S.

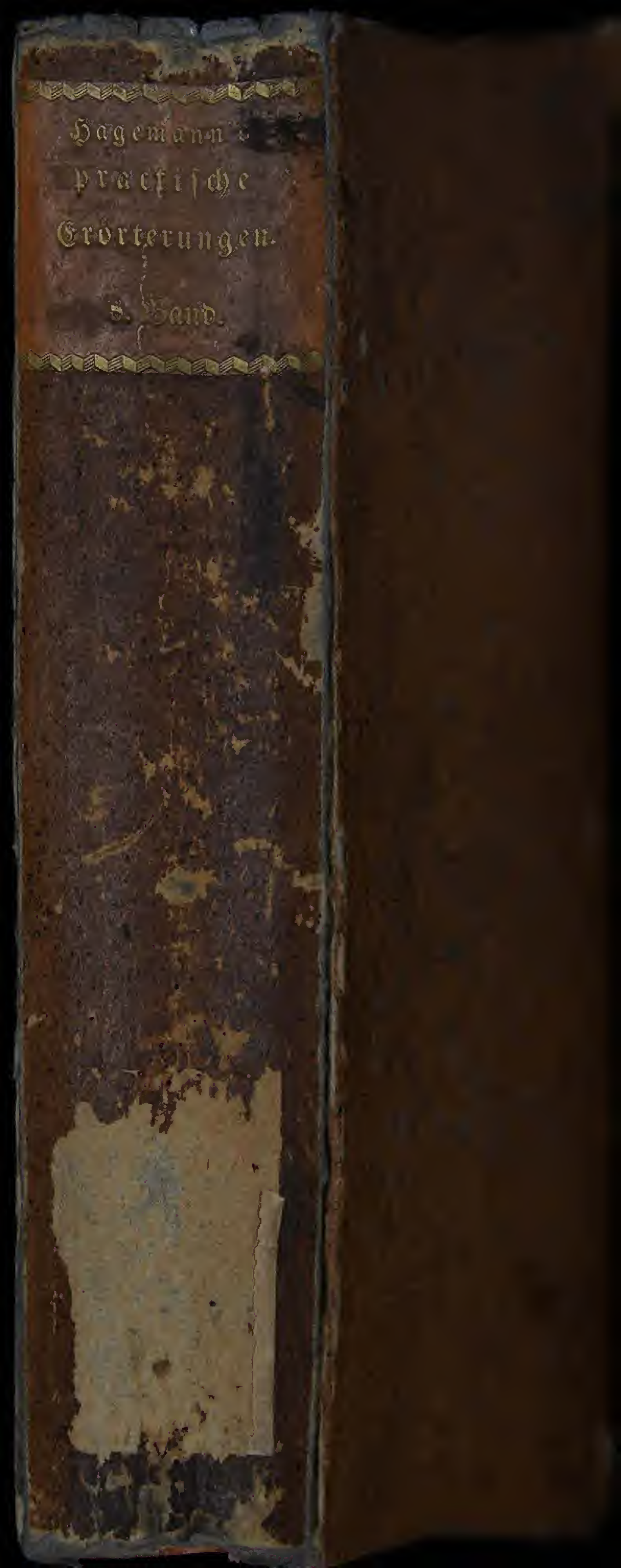

UNIVERSITÀ DI PADOVA
ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO










Hagemann's
practische
Erörterungen.
Band.



o r t.

das königliche Oberap-
ehreren Jahren, äußerte
r Hagemann den Wunsch
beabsichtigte Fortsetzung
uf eben die Art gemein-
e, wie solches in Betreff
von dem damaligen Ober-
schehen war, und glaubte
Folge leisten zu müssen,
renvoll, zugleich aber als
s, mit welchem mich der
, nicht anders als sehr
ußte. Leider hat dieser
erfüllt werden können, da
arbeitung des achten Ban-
e er mit mir über die mei-
heile schon ausgearbeiteten
on dem Tode überrascht

ar, jenen Band unter ge-
meinschaftlichem Namen erscheinen zu lassen, so habe ich

†